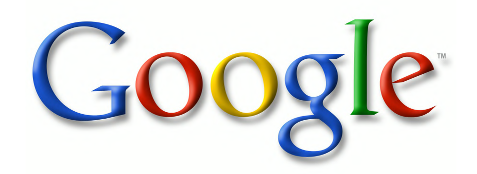
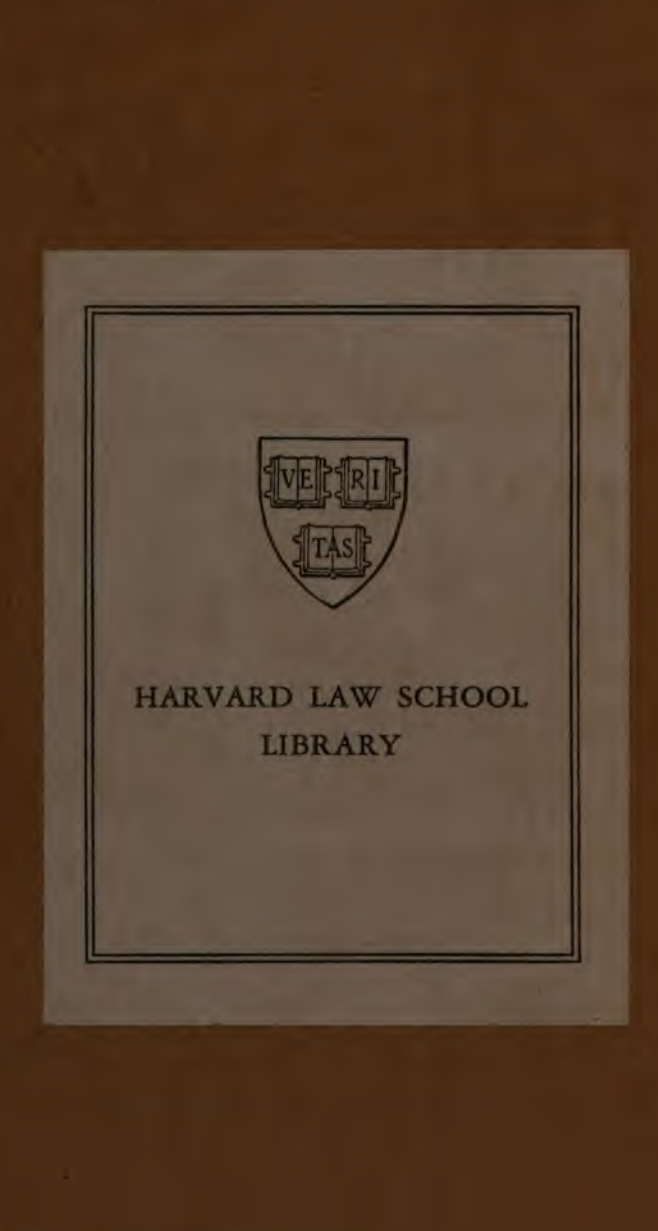
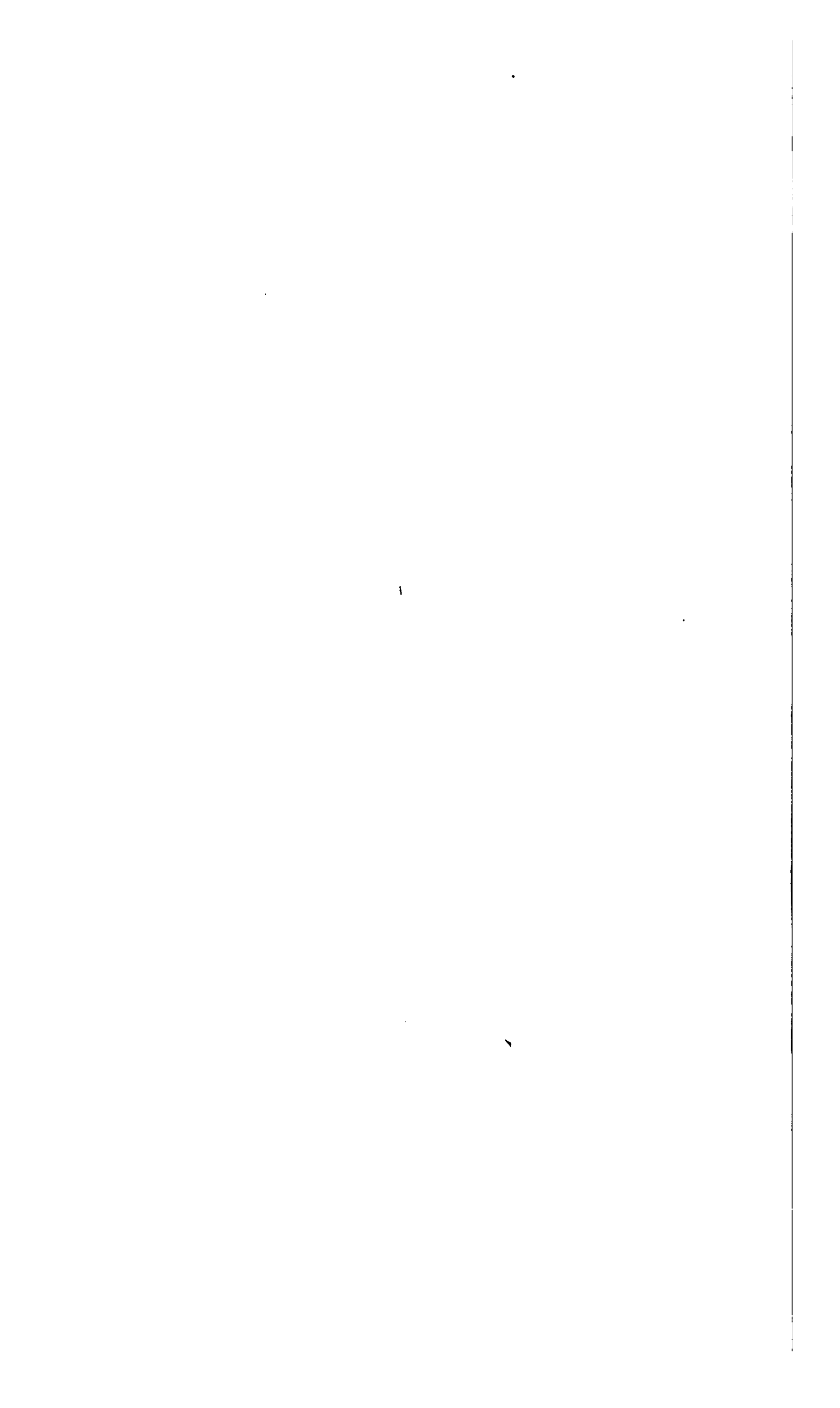
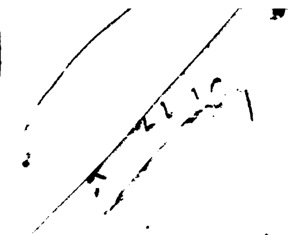



VE RI TAS









Die

# LIBERTATIS USUCAPIO.

Eine civilistische Abhandlung

von


Carl Julius Gottfried Wirth,
der Rechte Doctor.







Erlangen,
Verlag von Andreas Deichert.
1854.

# Vorrede.

Indem ich diese Abhandlung, welche zunächst dem Zwecke der Habilitation des Verfassers an der Universität Erlangen dienen soll, der Oeffentlichkeit übergebe, muß ich der üblichen Pflicht einer besondern Rechtfertigung um so mehr gehorchen, als der gewählte Gegenstand einem Gebiete angehört, welches besonders in den letzten Decennien der reichhaltigsten Bearbeitung theilhaftig wurde. Ich brauche von einzelnen Abhandlungen ganz abgesehen nur an die umfassenden Bearbeitungen von Luden, Hoffmann, Zielonacki und Elvers zu erinnern. Wenn ich nun trotz dieser vielen und man sollte glauben erschöpfenden Bearbeitungen der Servitutenlehre abermals mit der Darstellung eines ihr angehörigen Institutes hervortrete, so geschieht dieß nicht etwa nur deßhalb, weil ich das einzelne Institut der libertatis usucapio für unvollständig bearbeitet halte, sondern hauptsächlich darum, weil mir die lib. usucapio eine passende Gelegenheit bot (§. 7), mich über das Verhältniß der Servituten und der jura in re überhaupt zu dem Eigenthume, woran sie zustehen, soweit es mir für jetzt nöthig schien, aussprechen zu können. Daß es mir zur Verwegenheit ausgelegt wird, wenn ich behaupte, daß man das Verhältniß

## §. 1.

Die Freiheitsersitzung ist usucapio und erscheint somit schon vermöge ihres Namens als Unterart der Erwerbsweise, wovon wir als Hauptart die Ersitzung des Eigenthums kennen. Um beurtheilen zu können, mit welchem Rechte die Freiheitsersitzung als eine wirkliche Usucapionsart geachtet werde, bedarf es vor Allem einer Fixirung des Begriffes usucapio an sich. Wie in den meisten Fällen, so finden wir auch hier in den Quellen keine förmliche Definition des Begriffes, sondern müssen ihn erst aus den einzelnen zerstreuten Bemerkungen zusammenfügen.

Wenden wir uns zuvörderst an das Wort, so bedeutet usucapio Erwerb, der durch usus vermittelt ist. Freilich sind wir damit noch nicht sehr gefördert. Denn capio an sich könnte jeden Erwerb bedeuten und usus bezieht die Sprache auf Sachen und Rechte. Diese doppelte Unbestimmtheit kann aber auch den Römern nicht entgangen sein, und deshalb dürfen wir darauf bezügliche Einschränkungen mit Recht erwarten. Eine solche ist nun zunächst in folgenden zwei Stellen gegeben:

Sine possessione usucapio contingere non potest,

l. 25 D. de usurp. (Licinnius Rufus);

verbis: cum prius esset, ut quod usucaptum diceretur, possessum foret,

l. 44 §. 7 D. eod. (Papinianus.)

Dadurch erhält also usus die engere Bedeutung von possessio und die usucapio die eines durch possessio vermittelten Erwerbs. Noch mehr aber wird der Usucapionsbegriff durch folgende Aeußerungen des Gajus beschränkt:

Usucapionem recipiunt maxime res corporales,

l. 9 D. de usuc. (41, 3.),

und

Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est,

l. 43 §. 1 D. de A. R. D. (41, 1).

Denn hiernach wird offenbar das ganze Institut auf die Usucapion körperlicher Gegenstände oder was ebensoviel heißt, auf die Ersitzung des Eigenthums zurückgeführt. Das kann aber unmöglich der Anfang sein, sonst müßten wir die Römer einer Sinnlosigkeit zeihen, indem sie, wie einmal Puchta sich ausdrückt, „gesagt was sie nicht gewollt und gewollt was sie nicht gesagt hätten".

In der That finden sich denn auch mehrfache Spuren von einem weiteren Usucapionsbegriff des älteren Rechtes, so daß wenigstens die von Gajus ausgesprochenen Grundsätze damals noch nicht Usucapionsprinzipien gewesen sein können.

So wurden nach dem Berichte des nämlichen Gajus[1]) zuerst nicht die einzelnen erbschaftlichen Sachen, sondern hereditatis ipsae als Gegenstand der Usucapion betrachtet; das Medium des Erwerbs war allerdings wirklicher Besitz das usucaptum aber res incorporalis.

Ebenso konnte die manus durch usus begründet werden[2]), und wenn auch die Frau selbst gewissermaßen als Besitzgegenstand behandelt wurde (velut annua possessione usucapiebatur), so wurde doch nicht das Eigenthum an der persona uxoris usucapirt, sondern uxor in familiam viri transibat filiaeque locum obtinebat.

Zum dritten sind wir durch Paulus[3]) von einer durch eine lex Scribonia[4]) aufgehobenen usucapio servitutum unter-

1) Comm. II, 55.

2) Gajus I, 111. Cic. pro Flacco c. 34.

3) l. 4 §. 29 D. de usurp. (41, 3.)

4) Voconia, Haloander. Vergl. darüber Glück, Comm. IX, S. 111 Note 1.

richtet und ebenso gewiß hat vor Gajus die libertatis usucapio schon bestanden. Wenn nun die hereditas und die Servituten zu den res incorporales im technischen Sinne gehören[5], wenn ferner die manus und libertas nichts weniger als res corporales sind, so haben wir eine ganze Reihe römischer Ersitzungsarten, welche den Prinzipien des Gajus geradezu widersprechen. Denkbar wäre allerdings, daß trotz dieser Abweichungen jene Prinzipien gleichwohl bestanden. Man würde in diesen die Regel, in jenen die Ausnahmen erblicken. Wir aber halten jene Prinzipien in Wahrheit erst für ein Ergebniß des späteren Rechts und wollen versuchen, es nachzuweisen.

Wir wissen, daß die ältere Jurisprudenz hinsichtlich ihres Einflusses auf das Recht selbst sich lange Zeit wesentlich als eine Interpretation des Rechts der XII Tafeln charakterisirte. Suchen wir also den Keim der Entwicklung eines civilrechtlichen Institutes, so muß ein Satz der XII Tafeln selbst, der sich etwa damit befaßt, unstreitig die größte Gewährschaft bieten. Nach den XII Tafeln aber hieß es bekanntlich:

> usus auctoritas fundi biennium, caeterarum rerum annus esto.

Darin liegt durchaus noch keine Ausscheidung der res corporales und incorporales, vielmehr will nur damit gesagt werden, daß unbewegliches Gut vor den übrigen Dingen in sofern eine Auszeichnung genießen soll, als der Verlust und beziehungsweise Erwerb desselben durch den usus an einen längeren Zeitraum geknüpft wird.

Was soll denn nun die auctoritas bedeuten, die durch den usus begründet wird? — Das hängt zunächst mit dem damaligen Legisactionenprozeß zusammen. Wer nämlich auf usus auctoritas sich berufen konnte, der konnte in diesem Prozesse

---

5) §. 2. 3. J. de reb. incorp. (2, 2.)

auftreten[6]), der konnte **vindiciren**; und darin liegt offenbar das Band, wodurch damals jene scheinbar so sehr von einander abweichenden Usucapionsarten **zunächst** vereinigt wurden.

So gab die manus eine der Eigenthumsklage analoge vindicatio[7]), die usucapio servitutum die confessoria, die libertatis usucapio[8]) die negatoria und die usucapio pro herede die hereditatis vindicatio[9]). Wenn wir nun annehmen, daß die Usucapionen des älteren Rechts wesentlich zunächst in ein Vindicationsrecht ausliefen, ohne daß zwischen res corporales und incorporales unterschieden wurde, so bleibt noch die Frage, ob denn nicht wenigstens nach dem erstangegebenen Prinzipe das Medium des Erwerbs possessio, Dentention eines körperlichen Gegenstandes, sein mußte? — Ich meine, wir dürfen die Frage bejahen. Wenigstens unterliegt es keinem Zweifel bei der usucapio pro herede und der usu in manum conventio, indem dort der wirkliche Besitz erbschaftlicher Sachen, hier wenigstens die perseveratio der Frau im Hause, also in der wirklichen Gewaltsphäre, des Mannes erfordert wurde. Nicht so ausgemacht ist es bei der usucapio servitutum und libertatis, ein Punkt, den wir in Anbetracht seiner Wichtigkeit gerade für unsere Zwecke genauer untersuchen müssen.

## §. 2.

Servitut und Freiheit davon sind zunächst zwei Rechtsbegriffe, geschützt durch vindicatio. In vielen Fällen hat aber

6) Daher: adversus hostem aeterna auctoritas. Cic. de off. I, 12. Der usus hätte dem Peregrinen nicht genützt, weil die auctoritas nur für römische Bürger galt. **Puchta**, Inst. II, §. 230, Note d. Kleine civil. Abhdl. Nr. 13.

7) l. 1 §. 2 D. de R. V. (6, 1).

8) Vergl. unten §. 7.

9) Gajus IV, 17.

die Ausübung derselben mit possessio gar nichts gemein, sie scheinen vielmehr nur Befugnisse zu sein, jura faciendi, prohibendi. Haben sie nun wirklich keine andere Seite, und haben auch die Römer keine andere an ihnen hervorgehoben, dann steht es mit unserer Behauptung bedenklich. Dazu wird leider! von jener alten Servitutenersitzung in der einzigen[10]) Stelle, die davon handelt, nur ihre Aufhebung erwähnt, so daß wir hinsichtlich ihrer von allen directen Zeugnissen verlassen sind. Gleichwohl dürfen wir an einem haltbaren Resultate nicht verzweifeln. Gelingt es nur, die richtige Frage zu stellen, so wird die Compilation von selbst die richtige Antwort geben. Die Frage aber muß, wie ich glaube, so gestellt werden. Gibt es vielleicht gewisse Servituten und gibt es gewisse Freiheiten davon, wo, wenn auch etwa nur der natürlichen Anschauung nach, von einer ihnen entsprechenden Dententio die Rede sein könnte? —

Folgende Stellen sind hieher zu beziehen:

l. 6 D. de S. P. U. (Gajus)[11]).

Haec autem jura similiter ut ructicorum quoque praediorum certo tempore non utendo pereunt; nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus libertatem simul usucapiat, veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus aedium mearum officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas praefixas habuero vel obstruxero, ita demum jus meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius subla-

10) Hugo (Rechtsgesch. 11. Aufl. S. 534) will darum die Existenz dieses Institutes überhaupt bezweifeln. Vergl. Unterholzner, Verjährungslehre II. S. 137.

11) Die genauere Erklärung dieser Stelle kann erst weiter unten (S. 16, 17) gegeben werden.

tas habueris, alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem. Idem si tigni immissi aedes tuae servitutem debent, et ego exemero tignum, ita demum amitto jus meum, si tu foramen, unde exemtum est tignum, obturaveris, et per constitutum tempus ita habueris; alioquin si nihil novi feceris, integrum jus meum permanet.

Nur bei den Urbanservituten ist libertatis usucapio erforderlich: aber diese libertas muß sich in einem körperlichen Zustande, in einer physisch markirten detentio ausprägen; si tu per hoc tempus *aedes tuas altius sublatas* habueris; si tu foramen obturaveris et *ita* habueris. Auch darf diese detentio in körperlicher Hinsicht nicht variabel, sondern muß bleibend und unveränderlich sein. l. 7 D. eod.

Quod autem aedificio meo me posse consequi, ut libertatem usucaperem, dicitur, idem me non consequuturum, si arborem eodem loco sitam habuissem, Mucius ait; *et recte, quia non ita in suo statu maneret arbor, quemadmodum paries propter motum naturalem.*

Die libertas enthält aber freilich nicht einen selbstständigen Besitz ihrer selbst, sie ist ja nur eine einzelne körperliche Beschaffenheit des Gebäudes, sondern sie wird in und mit dem Gebäude besessen, das die Freiheit erwerben soll.

Libertas usucapitur, si aedes possideantur —
l. 32 §. 1 D. de S. P. U. (8. 2).

Indem sie aber denn doch eine eigene die Freiheit von der Servitut speeifisch anzeigende Detentio involvirt, kann wenigstens der natürlichen Anschauung nach von einer possessio derselben geredet werden, und darin liegt eben der Punct, wo libertas und usucapio zusammentreffen. Wenn aber die libertatis usucapio, wie wir weiter unten genauer beweisen werden (Nr. 3), nur bei Urbanservituten erforderlich war, dann will auch die mystische von Paulus erwähnte servitutum usucapio

schon etwas lichter werden. Auch sie nämlich scheint nur bei Servituten anwendbar gewesen zu sein, die mit einer körperlich markirten Detentio der Prädia zusammenhängen; ja bis auf einen gewissen Grad läßt sich die Verwandtschaft unserer beiden Institute hinsichtlich ihrer Objecte aus den Worten des Paulus selbst entnehmen.

Libertatem servitutum usucapi posse, *verius* est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute.

Nach den Anfangsworten der Stelle nämlich hat es allen Anschein, als ob Manche in die Ersitzbarkeit der libertas Zweifel gesetzt hätten, die Paulus aber auf das Bestimmteste dadurch beseitigt, daß er sagt, nicht die Servituten vernichtende, nur die Servituten begründende usucapio ist aufgehoben. Jemehr nun beide Institute in ihren Objecten zusammentrafen, um so leichter war eine Beziehung des Scribonischen Gesetzes auf beide möglich. Aber es fehlt auch nicht an weiteren Behelfen.

So sagt Julian: (l. 32 §. 1 D. de S. P. U. (8. 2.)).

Libertas servitutis usucapitur, si aedes possideantur; quare si is, qui altius aedificatum habebat, ante statutum tempus aedes possidere desiit, interpellata usucapio est; is autem, qui postea easdem aedes possidere coeperit, integro statuto tempore libertatem usucapiet; natura enim servitutum ea est, ut possideri non possint, sed intelligatur possessionem earum habere, qui aedes possidet.

Schilling [12]) und die Meisten nach ihm übersetzen zwar den letzten Satz so. „Die Servituten können ihrer Natur nach freilich nicht besessen werden, aber es wird als Besitzer der Urbanservitut betrachtet, wer das Gebäude besitzt.“ — Vange-

12) Bemerkungen über die Röm. Rsgesch. S. 145.

row[13]) dagegen will „servitutum" mit „libertatum" identificiren, so daß der ganze Satz fortlaufend auf die Ersitzung der Freiheit bezogen werden müßte, in der Vangerow freilich nur wiederum eine usucapio servitutum erblickt[14]. — Allein so viel ist doch zunächst klar, daß die Sätze libertas — possideantur und natura enim — possidet in unmittelbarem Zusammenhange gedacht werden müssen, indem die beiden Zwischensätze Nichts, als eine Nutzanwendung des ersten enthalten, mit deren Weglassung die Stelle so lautet. Libertas servitutis usucapitur, si aedes possideantur; natura enim servitutum ea est, ut possideri non possint, sed intelligatur possessionem earum habere, qui aedes possidet. Daß man nun mit Vangerow servitutum mit libertatum identificirt, ist darum unthunlich, weil es auf der irrigen Voraussetzung beruht, als werde mit der lib. usucapio nicht die bloße Freiheit des Eigenthums, sondern wieder ein Servitutrecht erworben[15]. Julian will vielmehr den Besitz der Freiheit aus dem Besitz der Servituten erklären, und zwar aus dem der Urbanservituten, wie nicht nur aus den Worten: sed intelligatur possessionem earum habere, qui *aedes* possidet, sondern auch schon daraus hervorgeht, daß die libertatis usucapio nur Urbanservituten gegenüber erforderlich war. Jeder Freiheitsbesitz setzt einen vorangehenden Besitz der Urbanservitut voraus. Wie nun das tignum, das moenianum, das stillicidium u. s. w. nicht Gegenstand eines selbstständigen Besitzes sein kann[16], will der Jurist sagen, so kann auch das altius aedificatum nur der besitzen, der das Gebäude

---

13) Pand. I. §. 234. S. 833.

14) a. a. O. §. 243. Anm. 3.

15) Vgl. unten §. 6 u. 7.

16) Vgl. auch l. 15 §. 12 D. de damn. inf. (39. 2).

selbst besitzt. Darin liegt denn auch einfach der Grund, warum Julian die Eigenthümlichkeit des Freiheitsbesitzes aus der Natur der Urbanservituten zu erklären sucht. Ganz anders verhält sich's bei den Rusticalservituten.

l. 14 pr. D. de serv. (Paulus).

Servitutes praediorum rusticorum, etiamsi corporibus accedunt, tamen incorporales sunt et ideo non usucapiuntur: vel ideo quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem: nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur.

Die Rusticalservituten sind obgleich Accessionen der praedia doch selbst incorporales und können darum nicht usucapirt werden. Dieser erste Grund lag dem Juristen am nächsten, weil zu seiner Zeit der Grundsatz, daß res incorporales nicht usucapirt werden können, bereits allgemein anerkannt war [17]). Aber Paulus wußte wohl, daß nach früherem Rechte die res incorporales an sich noch nicht usucapionsunfähig waren — vielleicht fiel ihm dabei ein, daß er an einer andern Stelle der usucapio libertatis das Wort redete, die doch nichts weniger als res corporalis ist — und deßhalb setzt er, als ob ihn jener erste Grund selbst nicht ganz befriedigen wollte, verstärkend hinzu: vel ideo quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continnamque possessionem. Denn darin, scheint er mir sagen zu wollen, liegt ein absolutes Hinderniß aller Usucapion.

Was endlich die sog. Personalservituten anlangt, so wäre eine certa continuaque possessio derselben allerdings insofern möglich, als ihre Ausübung Detentio der dienenden Sache verlangt. Sie sind aber aus anderen Gründen der Usucapion entzogen. Denn erstens wurden sie früher zu den Servituten im

17) l. 43 §. 1 D. de A. R. D. (41. 1) l. 9 D. de usuc. (41. 3).

technischen Sinne gar nicht gerechnet. Dieß erhellt zum Theil schon aus der Titelinscription [18]) in den Pandekten und im Codex; aber es paßt in der That auch nicht auf sie der ursprüngliche Begriff servitus, welcher nach der von Florentinus uns überkommenen Definition [19]) zwei von vorneherein gleiche Wesen voraussetzt, die aber gegen ihre Natur in ein Abhängigkeitsverhältniß gebracht worden sind. Dieses aus der vernünftigen [20]) Welt hervorgegangene Verhältniß konnte man zwar analog auf das Verhältniß zweier praedia anwenden, aber nicht auf das Verhältniß der Person zur Sache, die niemals gleich sind. Wenn später der Begriff der res serviens in gewisser Hinsicht sogar auf alle jura in re erstreckt wurde, so beruht dieß auf selbstständigen mit dem ursprünglichen Begriff servitus gar nicht mehr zusammenhängenden Gesichtspuncten [21]). Aber das ist auch nicht der eigentliche Grund, weßhalb wir die Usucapionsunfähigkeit der Personalservituten behaupten. Er liegt vielmehr zweitens hauptsächlich darin, daß ihre possessio kein eigenes körperliches Merkmal hat, woran die Ausübung gerade einer Personalservitut erkennbar wäre [22]). So ist z. B., soweit man nur die Außenseite be-

18) Lib. VII. VIII. Dig. — lib. III. 33. 34. Cod.

19) l. 4 §. 1 D. de statu hom. (1. 5.) Servitus est constitutio juris gentium, qua quis domino alieno contra naturam subjicitur.

20) Davon ist natürlich die Vernunft des Verhältnisses selbst verschieden.

21) Man dachte sich nämlich später das Verhältniß so. Eine Sache ist frei, wenn Niemand als der Eigenthümer an der Sache berechtigt ist, dienstbar, wenn sie neben dem Eigenthümer noch fremden Zwecken unterworfen ist.

22) Deßhalb geht auch aus der Detentio allein noch nicht hervor, ob Usus oder Usufructus geltend gemacht werde. Das hängt wiederum von bloßen Handlungen ab, die keine possessio begründen können.

trachtet, der Besitz des Usufructuars von dem des Precaristen in nichts verschieden.

Sehr wahrscheinlich war also auch die alte servitutum usucapio auf die Urbanservituten beschränkt, so daß, wenn auch nicht selbstständige possessio, wie bei der usucapio hereditatis und usu in manum conventio doch eine detentio rei vorhanden war, die durch ihre körperliche Beschaffenheit, ich möchte sagen, durch eine bestimmt markirte Physiognomie, auf ein bestimmtes Recht hinzeigte. Ob alle [23]) Urbanservituten oder nur diejenigen usucapirt werden konnten, welche mit einer besonderen Vorrichtung oder Anstalt verbunden waren, ist zweifelhaft. Wir sind geneigt, uns für Letzteres zu entscheiden, indem analog der usucapio libertatis doch wahrscheinlich auch hier ein *novum factum* für nothwendig gehalten wurde. Möglich übrigens daß unter den Römern selbst darüber Streit war, und daß vielleicht ebendeßhalb die Aufhebung des Institutes beschleunigt wurde.

So gewinnt es denn alle Wahrscheinlichkeit, die usucapio an sich habe ehemals wesentlich nur zweierlei Momente gehabt: nämlich einmal die possessio eines körperlichen Gegenstandes, insofern sich dieselbe nur als der specifische Ausdruck eines bestimmten Rechtsverhältnisses darstellte, und zweitens die Möglichkeit eines durch die Vermittlung dieser possessio zu begründenden Vindicationsrechtes.

So kam der usus und seine auctoritas fast in alle Rechtsverhältnisse, die mit vindicatio versehen waren, und so verstehe ich auch den allgemeinen Ausspruch des Gajus in l. 1 D. de usuc. (41. 3) Bono publico usucapio introducta est, ne scili-

---

23) Andere haben sich darüber meines Wissens gar nicht ausgesprochen, obgleich die hier vertretene Ansicht schon von Cujacius geltend gemacht wurde. Bezüglich der Literatur vergl. Unterholzner a. a. O. II. S. 138. — Vangerow, Pand. I. S. 867. —

cet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent d. h. im öffentlichen Interesse ist die Usucapion eingeführt worden, damit nicht gewisse Vindicationsrechte zu lange oder wohl gar fortwährend im Ungewissen blieben.

Daß die Römer den Wirkungskreis der usucapio allmählich mehr und mehr einschränkten, während das Bedürfniß nach ergänzenden Normen über den Erwerb und den Verlust von Rechten nicht schwand, sondern wuchs, mag auf dem Umstande beruhen, daß man den Gegenstand des Besitzes und den Gegenstand des durch den Besitz vermittelten Erwerbs strenger zusammenzog, so daß also Gegenstände, die nicht vere besessen werden, auch nicht usucapirt werden konnten.

In welchem Augenblicke freilich dieser Gedanke zum allgemeinen Durchbruch kam, das läßt sich mit Gewißheit nicht angeben [24]). Merkwürdig ist es aber, daß von allen den älteren Usucapionsarten die lib. usucapio allein übrig blieb, und fast noch merkwürdiger, daß die römischen Juristen selbst durchgehends darüber schweigen. Wir müssen es daher dahin gestellt sein lassen, ob der genaue Zusammenhang der libertas mit dem Eigenthume, oder die Begünstigung der libertas überhaupt, ob vielleicht die langhergebrachte Gewohnheit oder was sonst das Fortleben der lib. usucapio als einer wirklichen Usucapion verursacht haben mag. Sei dem wie ihm wolle; — so viel ist gewiß, daß die libertatis usucapio allein jenen Umschwung der Principien überlebte und wie ein Vasall des Eigenthums mit diesem bis in die Gegenwart hereinkam.

## §. 3.

Der non usus und die libertatis usucapio gehen zwar beide auf die Vernichtung von Servitutrechten aus; sie sind

24) Ueber Versuche im Einzelnen vergl. Glück, Comm. IX. S. 111. Not. 2, und v. Scheurl Beitr. Heft 3. S. 50. bes. Not. 11. —

aber doch in der Art und Weise, wie diese Vernichtung zu Stande kommt, wesentlich von einander verschieden. Denn während der non usus auf eine bloße Unthätigkeit des Berechtigten hinausläuft, fordert die libertatis usucapio wesentlich Apprehension der Freiheit durch den Verpflichteten. Dort liegt der Schwerpunct in bloßer Unterlassung, hier in positivem Entgegenhandeln. An sich nun stünde gewiß Nichts im Wege, für die Erlöschung der Servituten überall nicht blos non usus des Berechtigten, sondern neben diesem noch eine Freiheitsbethätigung durch den Verpflichteten zu fordern. Sehen wir zu, was die Römer davon meinen.

Im Allgemeinen steht fest, daß überall non usus, nicht aber libertatis usucapio erforderlich ist, so daß also einige Servituten solo non usu, andere erst libertate simul usucapta erlöschen. Soll nun diese Erscheinung nicht auf einen zufälligen Einfall des Gesetzgebers, auf eine ganz willkürliche Rechtsproduction zurückgeführt werden, so muß sie irgend wie mit einer verschiedenen Auffassung des Wesens der Servituten selbst zusammenhängen und zwar um so mehr, als gerade der Untergang der Rechte mit ihrem Wesen in engster Verbindung steht.

Sehen wir uns nach den einschlägigen Zeugnissen der Quellen um, so ist vor Allem die bereits oben ausgehobene l. 6 D. de S. P. U. (8, 2) von Wichtigkeit.

Diese Rechte aber, sagt der Jurist, gehen gleich den Rusticalservituten durch Nichtgebrauch in bestimmter Zeit unter, nur mit dem Unterschied, daß sie nicht schlechthin durch Nichtgebrauch erlöschen, sondern nur so, wenn libertatis usucapio dazu kommt. Dieß die Worte, so weit sie uns hier interessiren. Offenbar nun war diese Stelle unmittelbare Fortsetzung von l. 2 D. eod., die ebenfalls von Gajus und aus den nämlichen Buche stammt, und ist nur von den Compilatoren durch mehrere zur Erläuterung der l. 2 dienende Einschiebsel von ihrem Anfang

getrennt worden, so daß die Worte haec autem jura mit den in der l. 2 aufgezählten Urbanservituten in unmittelbarer Beziehung zu denken und mit Urbanservituten identisch sind. Dieß würde übrigens auch schon aus der Stellung des Fragmentes unter diesen Titel in Verbindung mit den nachfolgenden Beispielen und besonders dem scharf hervorgehobenen Gegensatze der Rusticalservituten gefolgert werden können. Gajus fordert also jedenfalls ganz bestimmt die libertatis usucapio nur bei den Urbanservituten aber bei diesen ohne Ausnahme. Zwar hat Hülsemann (dissertatio de praescriptione servitutum extinctiva), indem er „omnimodo" auf „haec autem jura" bezog, gewisse Urbanservituten der lib. usucapio zu entziehen gesucht. Allein daß „non omnimodo" und „sed ita" in Beziehung gedacht werden müssen, beruht auf den einfachsten Regeln der grammatischen Interpretation [24]). Somit haben wir wenigstens einen in jeder Beziehung unverdächtigen Ausspruch der Compilation, welcher die Nothwendigkeit der lib. usucapio mit einer wirklichen Verschiedenheit der Servituten selbst in Verbindung bringt. In einzelnen Anwendungen finden wir dasselbe auch noch in anderen Stellen bezeugt, so durch l. 6 pr. D. si serv. vind., l. 17 D. comm. praed. l. 7 l. 32 §. 1 D. de S. P. U. bezüglich des jus altius non tollendi, durch l. 18 §. 2 D. quemadm. serv. am. bezüglich der servitus tigni immittendi, so daß wir uns mit diesen Zeugnissen begnügen könnten, wenn man uns zugleich gesagt hätte, warum denn gerade bei den Urbanservituten und nicht auch bei den Rusticalservituten lib. usucapio erforderlich sei. In dieser Richtung kommt uns eine, wie ich glaube, bisher mehr für verdorben gehaltene, als richtig verstandene Stelle des Paulus (aus dessen Rec. sent. I. 17. 1.) zu Hülfe, die so lautet:

---

24) Vergl. Unterholzner, Verjährungslehre II. §. 2. 17. —

Viam iter actum aquaeductum qui biennio usus non est, amisisse videtur: nec enim ea usucapi possunt, quae non utendo amittuntur.

Offenbar muß man in dieser Stelle zwei Theile auseinander halten, nämlich den ersten, in welchem der Untergang der Weg und Wasserleitungsservituten durch non usus schlechthin ausgesprochen wird, und den darauf folgenden von nec enim an, in welchem allen Anschein nach eine Begründung des ersten enthalten sein soll. Wer eine Weg-, eine Wasserleitungsservitut zwei Jahre lang nicht ausgeübt hat, der hat sie offenbar verloren; denn was durch Nichtgebrauch verloren wird, das kann unmöglich usucapirt werden. So aber brächte es der Logik des Paulus keinen Ruhm; denn kurzgefaßt hätte er so gesagt. Die Weg- und Wasserleitungsservituten gehen durch Nichtgebrauch verloren, weil sie durch Nichtgebrauch verloren gehen. Man hält daher die Stelle für verdorben und Zachariä [25]) hat den Vorschlag gemacht, anstatt: „amisisse" — „biennio veluti remissa" zu lesen und so übersetzt. Wer zwei Jahre lang die Servitut nicht braucht, der scheint gewissermaßen darauf zu verzichten. Denn aus dem Gesichtspunct der Usucapion läßt sich dieß nicht erklären. Allein abgesehen davon, daß der Untergang durch non usus wenigstens früher durchaus nicht auf der Annahme eines Verzichts beruhte [26]), müssen wir der Zachariä'schen Verbesserung auch darum die Anerkennung versagen, weil dadurch doch nicht der im zweiten Satze liegende Widersinn entfernt wird. Ich halte nun die Stelle gleichfalls für verdorben, finde aber den Fehler nicht in „amisisse", sondern im Worte „*a*mittuntur", statt dessen gelesen werden muß „*o*mittuntur." Sehr wahrscheinlich nämlich hatte Paulus vorher von den Urbanservituten gehandelt, die, wie er an einer anderen

25) Ueber den Unterschied der serv. praed. und rust. S. 86.

26) Vergl. unten S. 19.

Stelle sagt, possessione retinentur [27]) und demnach erst durch eine entgegenstehende libertatis usucapio erlöschen. Nicht so ist dieß, haben wir als Fortsetzung zu denken, bei den Weg- und Wasserleitungsservituten, die schon durch bloßen zweijährigen Nichtgebrauch erlöschen, nicht erst durch eine entgegenstehende Usucapion. Denn wie sollte eine Usucapion hinsichtlich dessen möglich sein, was schon durch bloßen Nichtgebrauch desert wird? — Ich räume nun recht gerne ein, daß omittere wenigstens für die ältere Anschauung das richtige Wort nicht ist, weil es den Anschein gewinnt, als wolle man den Untergang durch non usus, wie Zachariä thut, durch die Annahme eines Verzichts von Seite des Berechtigten erklären, wogegen wir uns auf das Entschiedenste verwahren müssen. Denn der Untergang durch non usus erfolgte durch die nackte Thatsache des Nichtgebrauchs allein, selbst dann, wenn der usus unmöglich war [28]). So viel aber steht denn doch fest, daß die Stelle, wie sie liegt, dem Paulus nicht zugeschrieben werden kann, weil er sonst, um es kurz zu sagen, einen wirklichen Unsinn behauptet hätte. Sind wir damit einverstanden, so bleibt nur zweierlei übrig. Entweder wir lassen die Stelle als eine jedenfalls verdorbene auf sich beruhen, oder wir suchen den Grund ihrer Verdorbenheit aufzufinden. Daß nun die Verdorbenheit nicht im ersten Theile der Stelle liegt, leuchtet von selbst ein; — die von Elvers [29]) urgirte Unbestimmtheit des „videtur" erledigt sich dadurch, daß videri in vielen Fällen so viel heißt, wie „offenbar, bekannt sein." — Der Fehler liegt also entweder in Auslassungen, von denen wir nichts wissen, oder er muß im Schlußsatz liegen.

27) l. 20 pr. D. de S. P. U. (8, 2). —

28) l. 14 D. quem. serv. am. (8, 6). l. 1 §. 9 D. de it. act. priv. (43, 19). l. 34 §. 1. l. 35 D. de S. P. R. (8, 3).

29) Die römische Servitutenlehre. S. 359. Not. g.

Auslassungen wären nun allerdings möglich. Paulus könnte z. B. folgende Gedanken entwickelt haben. Die Weg= und Wasserleitungsservituten gehen durch zweijährigen Nichtgebrauch unter, aber sie werden nicht durch zweijährigen usus erworben; denn das kann nicht usucapirt werden, was durch Nichtgebrauch verloren wird. Bleiben wir aber bei dem gegebenen Texte stehen, dann können wir offenbar usucapi nur auf das usucapere libertatem beziehen, was bei diesen Servituten, die durch non usus schon untergehen, nicht nothwendig ist, weil eben dasjenige, was man durch bloßen *non usus* schon ganz im Stiche, also gewissermaßen in das sonstige „frei" zurückfallen läßt, keinen Gegenstand der Usucapion abgeben kann.

So ist auch der darauf folgende §. 2 aufzufassen und in gewisser Hinsicht kann er sogar zur größeren Bestärkung unserer Interpretation des §. 1 benützt werden. Er lautet nämlich so:

> Servitus aquae haustus biennio omissa intercidit et biennio usurpata recipitur.

Während nämlich in §. 1 die im non usus liegende omissio servitutis als Grund dafür angeführt wurde, daß keine libertatis usucapio erforderlich sei, wird sie hier als das eigentliche efficiens an die Spitze gestellt. Eine Wasserschöpfservitut, die zwei Jahre lang „frei" gelassen, desert gewesen ist, geht unter und wird durch diese zweijährige Gebrauchsunterbrechung selbst, nicht erst durch libertatis usucapio, zurückerworben. Paulus hat dadurch das ganze Verhältniß von einer wie mir scheint mehr individuellen Seite beleuchtet.

Zu seiner Zeit nämlich war es längst üblich geworden, die possessio auf Fälle auszudehnen, wo vera possessio nicht möglich war, und so denn auch auf die Urban und Rusticalservituten. Wie er sich nun den Besitz der Urbanservituten als einen stetigen und fortlaufenden vorstellte, indem, wenn auch

kein selbstständiger Besitz, doch eine dauernde Vorrichtung vorhanden war [30]), so dachte er sich den Besitz der Rusticalservituten gewissermaßen nur so lange, als sie wirklich ausgeübt werden. Nemo enim tam perpetuo tam continenter ire potest, *ut nullo momento ejus possessio interpellari videatur* [31]). Wenn er nun hörte, daß Rusticalservituten durch bloßen non usus untergehen, so lag es nahe, dieß mit der eigenthümlichen Natur ihres Besitzes in Verbindung zu bringen, so zwar, daß er im non usus sich zunächst das „omittere" des Besitzes vorstellte. Daher heißt biennio omissa so viel als: wenn man zwei Jahre lang den Besitz aufgegeben hat, und biennio usurpata ist eigentlich der Sache nach nichts als eine Wiederholung, nur daß den Urbanservituten gegenüber allerdings hervorgehoben werden mußte, daß diese zweijährige Besitzlosigkeit allein schon hinreicht, um die Servitut zu vernichten und das dienende Grundstück in Freiheit zu setzen. Indessen wollen wir durchaus nicht läugnen, daß dieser Erklärungsweise erhebliche Bedenken entgegenstehen. Besonders wird man schon beim ersten Anblick geneigt, in dem „recipitur" nicht eine bloße Folge des „intercidit", sondern dessen Gegensatz zu finden. Dann bedeutet *usurpare* technisch nicht sowohl die Unterbrechung des Gebrauches, als die Unterbrechung des Nichtgebrauches [32]) und demgemäß empfiehlt sich die Uebertragung: „und wird durch zweijährigen Gebrauch wieder zurückerworben" durch Ungezwungenheit in sprachlicher Rücksicht unstreitig am meisten. So hat auch der Westgothische Ausleger die Stelle verstanden [33]).

30) l. 20 pr. D. de S. P. U. verbis: vel si stillicidium in tuum projecero, quia in tuo aliquid utor et sic quasi facto possideo.

31) l. 14 pr. D. de Serv.

32) Vergl. bes. Unterholzner, a. a. O. I. S. 460. Not. 450.

33) Vielleicht ist dieß die Veranlassung zu der im Papian tit. 18

Allein wenn wir auch dem Paulus hinsichtlich des Scribonischen Gesetzes auf seine alleinige Behauptung geglaubt haben, so wäre es doch zu gewagt, auf seine alleinige und nicht einmal zweifellose Behauptung hin dasselbe hinsichtlich eines Institutes des geltenden Rechts zu thun. Dazu kommt noch, daß die Ersitzungsfähigkeit der durch Nichtgebrauch erloschenen Servitut ohne Begrenzung durch bestimmte Zeiträume, innerhalb deren die Ursurpation vom Untergang an gerechnet geschehen müßte, etwas Außerordentliches und gewiß von Mehreren erwähnt worden wäre. Eine andere schon von Cujacius (com. ad l. 4 §. 29 D. de usurp.) vertretene Auslegung bezieht „recipitur" zwar gleichfalls auf den Servitutberechtigten aber so, daß der Sinn folgender ist. Durch zweijährigen Nichtgebrauch werden die Wasserschöpf- und Wasserleitungsservituten verloren; aber eben darum werden sie erhalten, wenn sie alle zwei Jahre nur einmal ausgeübt werden (biennio *ursurpantur*). Allein abgesehen davon, daß die Worte selbst schon zu diesem Sinne nicht recht passen — das biennio omissa und biennio usurpata müßte von Paulus in ganz verschiedener Weise gebraucht worden sein, indem biennio omissa soviel als zweijähriger Nichtgebrauch, dagegen biennio usurpata soviel als einmaliger Gebrauch in zwei Jahren hieße, was bei der strengen Gleichheit der Construction nicht wahrscheinlich ist, — so liegt in diesem Gedanken überhaupt Etwas so Triviales, daß es mit der hier eingehaltenen Kürze der Sprache und der übrigen Manier des Paulus nicht wohl übereinstimmen will. Darum konnten uns alle diese Bedenken nicht bestimmen, von der oben gegebenen Erklärung der Stelle abzugehen, von der wir übrigens gerne

angenommenen Ersitzung der Weg- und Wasserleitungsservituten gewesen. Vergl. v. Savigny, Gesch. d. R. R. i. M. A. II. S. 31.

zugeben, daß wir in sie allein die Existenz eines Rechtssatzes niemals setzen würden.

Nach den bisherigen Zeugnissen der Quellen sind die Rusticalservituten von der lib. usucapio ausgeschlossen. Wie steht es mit den Personalservituten? — Zunächst verweisen wir auf dasjenige, was wir in der vorigen Numer hinsichtlich ihrer Usucapionsfähigkeit gesagt haben. Außerdem aber wird der Untergang des Ususfructus durch bloßen non usus ausdrücklich mehrfach bezeugt.

Si ususfructus alternis annis legetur, non posse non utendo eum amitti.

l. 28 D. quib. mod. usufr. (Paulus).

Non utendo amittitur ususfructus si possessione fundi biennio fructuarius non utatur vel rei mobilis anno.

Paul Sent. rec. III. 6. 30.

Sicut usumfructum, qui non utendo per biennium in soli rebus — — — diminuebatur etc.

l. 13. C. de serv. (Justinianus).

Die Nothwendigkeit der lib. usucapio wird nirgends mit einem Worte erwähnt. Dasselbe muß natürlich auch für den usus gelten [34]).

Somit haben wir unserseits das quellenmäßige Resultat gewonnen, daß die lib. usucapio nur bei den Urbanservituten erforderlich sei und zwar, wie es scheint, wegen einer zwischen ihnen und den übrigen Servituten begründeten wesentlichen Verschiedenheit. Allein dieses Resultat hat von jeher seine Gegner gehabt, deren Gründe wir jetzt prüfen wollen.

---

34) Die bei der habitatio vorkommende Abweichung (l. 10 pr. D. de usu et hab.) kann uns selbstverständlich nicht weiter interessiren, indem sie offenbar nicht auf einer inneren Verschiedenheit, sondern auf bloß singulären Motiven beruht. Das Nämliche muß auch von den operae servorum et animalium gelten.

## §. 4.

Wir übergehen zunächst diejenigen, welche den Untergang der Servituten durch non usus und libertatis usucapio mit der Eintheilung in res mancipi und nec mancipi zusammenbringen, indem, wie Unterholzner[35]) richtig bemerkt, nicht einzusehen ist, wie die Rusticalservituten, die res mancipi sind, mit den Personalservituten, die es nicht sind, zusammengestellt werden, während beiden die Urbanservituten als res nec mancipi gegenüberstehen.

Ebenso unhaltbar und den Quellen geradezu entgegen ist die Ansicht derjenigen, welche zwischen servitutes qualificatae und non qualificatae unterscheiden und nur bei den ersteren, worunter sie die mit einer gewissen Anstalt und Vorrichtung verknüpften Servituten verstehen, lib. usucapio für nothwendig halten[36]).

Endlich müssen wir auch die Meinung derer, die diesen Unterschied mit der Eintheilung in affirmative und negative Servituten in Verbindung bringen, als eine verfehlte bezeichnen, indem darnach alle affirmativen Gebäudeservituten dem klaren Ausspruch der Quellen entgegen durch bloßen non usus erlöschen würden[37]).

Wichtiger sind die in neuerer Zeit besonders von Zachariä v. Lingenthal[38]), und im Wesentlichen damit übereinstimmend, von Elvers[39]) erhobenen Angriffe, indem sie die Erlöschung durch bloßen non usus bei gewissen Rusticalservituten in Abrede stellen. Wir wollen uns der Kürze halber besonders

35) a. a. O. S. 195.

36) Vergl. Unterholzner, a. a. O. S. 196.

37) Vergl. Unterholzner, a. a. O.

38) Ueber den Unterschied zwischen serv. praed. urb. und rust. S. 82 ff.

39) Die römische Servitutenlehre. Marburg 1854.

an dasjenige halten, was Elvers zur Begründung seiner Behauptung aufzubringen vermochte. Er sagt S. 374 folgendermaßen:

„Wenn nun Alles dieses uns zu dem Resultate führt, daß der Untergang der Servituten ein singuläres Institut ist, das nur aus Nützlichkeitsrücksichten durch die positive Gesetzgebung geschaffen ist, so müssen wir daraus den weiteren Schluß machen, daß ihm nur der Umfang beizulegen ist, den die Quellenzeugnisse bestimmen, daß es aber allgemeinen Regeln zufolge einer analogen Ausdehnung nicht fähig ist. Demnach können wir nur für die servitus viae, itineris actus und aquaeductus, sowie für den usus fructus (nach der Anmerkung auch für den usus) die Anwendbarkeit dieser Erlöschungsform zugestehen, müssen sie aber für die übrigen servitutes praediorum rusticorum durchaus leugnen. Fragen wir aber nach dem Grunde, warum das Gesetz gerade nur für jene wenigen Servituten diese Singularität einführte, so vermögen wir mit Zachariä diese Beschränkung nur aus historischem Grunde zu erklären, indem jene Servituten nach unserer Ausführung in der Einleitung gerade die ältesten sind, und es daher möglich und wahrscheinlich ist, daß nur sie wenigstens von allen servitutes praediorum rusticorum zu der Zeit bestanden, wo das Prinzip des Unterganges durch non usus zum Zweck der möglichsten Erleichterung der Freiheit des Eigenthums ausgebildet wurde und daß später die Doctrin sich scheute, dieses durchaus anomale Institut auf die neueren Bildungen anzuwenden, wie sie diesen ja auch nicht den Charakter als res mancipi verlieh. Sie half sich daher hier, indem sie analog der Eigenthumsersitzung das Institut der lib. usucapio schuf. Zachariä glaubt den Gang, den die Gesetzgebung hier eingehalten hat, in den Bemerkungen von Paulus in den mehrfach citirten Rec. sent. I. 17. §. 1. 2. wiedererkennen zu können, indem die dort eingehaltene Form kurzer Regeln darauf

hindeute, daß die Stellen Auszüge aus älteren Gesetzen seien. Darnach wäre die Bestimmung zuerst für die Wegservituten und für die servitus aquaeductus gegeben, dann nochmal für alle Wassergerechtigkeiten (servitus hauriendae aquae vel ducendae) und unabhängig davon für den Usufruct." —

Hiegegen ist nun folgendes zu erinnern. Der Untergang der Servituten durch Nichtgebrauch ist an sich so wenig eine Singularität, als die spätere Entstehung derselben durch fortgesetzten Gebrauch. Da sie, wenigstens die Prädialservituten, der Ausfluß eines individuellen Bedürfnisses sind, somit gerade in diesem die Vernunft ihres Daseins liegt, so ist es sogar sehr natürlich, wenn das Recht dieser Vernunft sich anschließt. Als singulär könnte man allenfalls die kurze Frist und den Umstand bezeichnen, daß zwischen Gebrauch und Nichtgebrauch ein drittes nicht mehr anerkannt wurde. Aber auch darin liegen keine Singularitäten nach römischen Begriffen. Weder die Kürze der Frist noch die strenge Alternativität stehen allein, wie die Usucapionslehre des älteren Rechtes überhaupt, der Legisactionenproceß und zum Theil noch der Formularproceß lehrt. Wenn aber auch der Untergang der Servituten durch non usus eine Singularität wäre, warum wurde er nur auf die Weg- und Wasser- und die Personalservituten, warum nicht auch auf die Urbanservituten angewandt? — Darauf gibt uns nun offenbar die Behauptung, daß die Weg- und Wasserservituten wenigstens den übrigen Rusticalservituten gegenüber die ältesten seien und daß die spätere Doctrin sich scheute, die bei ihnen eingeführte Anomalie noch weiter auszudehnen, so gut wie gar keine Antwort. Denn was eigentlich die Hauptsache wäre, nämlich warum denn nicht auch die wenigstens in einzelnen Anwendungen gewiß mit den Weg- und Wasserservituten gleich alten Urbanservituten durch bloßen non usus untergingen, das wird durch diese ganze historische Beweisführung gar nicht berührt.

Die Gegner haben in diesem Falle vergessen, daß verschiedene Wirkungen zunächst verschiedene Ursachen haben müssen oder doch darin gefehlt, daß sie die verschiedene Wirkung nicht in einer Verschiedenheit des Wesens der Servituten selbst suchten, und sind ebendamit schon über den Weg hinausgekommen, auf dem allein die Lösung der Frage gefunden werden kann. Ob jene Verjährungsbestimmungen auf wirklichen Gesetzen beruhen, und ob insbesondere die oftererwähnten Aeußerungen des Paulus Auszüge aus solchen Gesetzen seien, lassen wir beim Mangel aller Anhaltspunkte dahin gestellt. Uebrigens wäre ja doch, auch wenn der gesetzliche Ursprung dieser Bestimmungen feststünde, damit noch lange nicht bewiesen, ja nicht einmal der Beweis unterstützt, daß sie wirkliche Singularitäten seien. Richtig ist es, daß Paulus nur die Weg- und Wasserservituten nennt, und ebenso führt Gajus, wo er von Rusticalservituten handelt, nur diese an [40]. Ja wir können das Nämliche auch noch in mehreren anderen Stellen der Compilation beobachten [41]. Allein die l. 6 D. cit., welche den Untergang der Rusticalservituten durch bloßen non usus ganz allgemein ausspricht, ist nicht mehr Ausspruch des Gajus, sondern des Gesetzgebers [42], mithin auch der Sinn dieser lex nicht mehr derjenige, welchen allenfalls Gajus mit ihr verband, sondern lediglich der, welchen erweislichermaßen der Gesetzgeber in sie gelegt wissen wollte. Wenn aber der Gesetzgeber einen die Aufhebung der Rusticalservituten durch bloßen non usus ganz allgemein aussprechenden Satz aufnimmt, wenn ferner weder an dieser noch

---

40) l. 5 D. de serv. (8. 1) l. 16. D. comm. praed. (8. 4).

41) So z. B. in l. 1 D. de S. P. R. l. 12 D. de pignor.

42) Uebrigens liegt darin, daß die Juristen nur Weg- und Wasserservituten anführen, durchaus kein Grund, an Ausschließlichkeit zu denken.

auch an einer anderen Stelle von diesem Grundsatze eine Ausnahme sich findet, so ist doch mit ziemlicher Gewißheit anzunehmen, der Gesetzgeber habe den fraglichen Satz auf **alle** damals vorhandenen Rusticalservituten ausdehnen wollen. Daß aber schon lange vor der Compilation die Weg- und Wasserservituten nicht mehr die einzigen Rusticalservituten waren, brauchen wir nicht zu erwähnen[43]). Auch daß bei gewissen Rusticalservituten eine Verlängerung der Verjährungszeit ausdrücklich angenommen wurde[44]), das ist meine ich eher ein Beweis **für** als **gegen** unsere Behauptung. Zwar will **Elvers**[45]) etwas Auffallendes und für ihn Beweisendes darin finden, daß diese Verlängerungen nur bei Weg- und Wasserservituten eingeführt wurden, während doch die servitutes arenae fodiendae, lapidis eximendi u. s. w. gleichfalls Rechte enthalten, die nur in langsam wiederkehrenden Perioden ausgeübt werden. Da nämlich hinsichtlich dieser jene Frage nach Verlängerung der Frist gar nicht aufgetaucht sei, so müsse schon auf eine andere Weise, nämlich durch lib. usucapio, für sie gesorgt gewesen sein. — Allein wir müssen eben bei der Interpretation der Gesetze von dem ausgehen, was der Gesetzgeber gesagt hat, und dürfen seine Aussprüche, wenn sie bestimmt und klar sind, nicht nach dem modeln, was er nicht gesagt hat. Wenn nun die l. 6 D. cit. den Untergang der Rusticalservituten durch bloßen non usus als ein wirkliches **Charaktermerkmal** dieser Servitutengattung bezeichnet — nisi quod *haec dissimilutudo* est — und **Ulpian**, dem wir die Kenntniß dieses Unterschiedes doch jedenfalls zuschreiben dürfen, jene Rechte ohne alle einschrän-

---

43) l. 1 §. 1 D. de S. P. R. (8, 3).

44) l. 7 quemadm. serv. am. (8, 6). l. 14 pr. C. de serv. (3. 34).

45) a. a. O. S. 375.

kende Bemerkung den Rusticalservituten zuweist[46]), dann meine ich kann über die Richtigkeit der gemeinen Meinung auch nicht eine Spur des Zweifels mehr übrig bleiben.

## §. 5.

Aus dem Bisherigen hat sich ergeben, daß nach Pandektenrecht die libertatis usucapio nur für die Erlöschung der Urbanservituten erforderlich ist, daß dagegen die Personal- und Rusticalservituten schon durch bloßen non usus erlöschen. Hat daran die Justinianeische Gesetzgebung Etwas geändert? — Zwei Stellen sind es, die wir vor Allen betrachten müssen, nämlich l. 16 C. de usufr. (3. 33) und l. 13 C. de serv. (3. 34.).

a) l. 15 C. de usufr.

Corruptionem ususfructus multiplicem esse veteribus placuit, vel morte usufructuarii, vel capitis deminutione, vel non utendo, vel aliis quibusdam non ignoratis modis. Sed de usufructu quidem hoc indubitatum fuerat; de personali autem actione, quae super usufructu nascitur, sive in stipulationem ususfructus deductus sit, sive ex testamento relictus, dubitabatur: morte quidem usufructuarii et capitis diminutione eam tolli omnibus concedentibus; non utendo autem, si per annum vel biennium forsitan eundem usumfructum non petierit usufructuarius, si personalis actio tollatur, altercantibus. §. 1. Sed nos hoc decidentes sancimus: non solum actionem, quae de usufructu nascitur, sed *nec ipsum usumfructum non utendo cadere*, nisi tantummodo morte usufruc-

46) l. 1 §. 1 D. de S. P. R. In rusticis computanda sunt: aquaehaustus, pecoris ad aquam appulsus, jus pascendi, *calcis coquendae*, *arenae fodiendae*.

tuarii ut ipsius rei interitu, sed usumfructum, quem sibi aliquis acquisivit, hunc habeat, dum vivit, intactum: cum multae et innumerabiles causae rebus incidant mortalium, per quas homines jugiter retinere, quod habent, non possunt, et est satis durum per hujusmodi difficultates amittere, quod semel possessum est: *nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae etiamsi dominium vindicaret, posset eum praesentem vel absentem excludere.*

b) l. 13 C. de servit. (3. 34).

Sicut usumfructum, qui non utendo per biennium in soli rebus, per annale autem tempus in mobilibus vel se moventibus diminuebatur, non passi sumus hujusmodi sustinere compendiosum interitum; sed ei decennii vel viginti annorum dedimus spatium: ita et in ceteris servitutibus obtinendum esse censuimus: *ut omnes servitutes non utendo amittantur non biennio,* quia tantummodo soli rebus annexae sunt, *sed decennio contra praesentes, vel viginti spatio annorum contra absentes:* ut sit in omnibus hujusmodi rebus causa similis, differentiis explosis.

Was zunächst die Zeitverhältnisse dieser beiden Constitutionen anlangt, so ist, wenn wir den Unterschriften trauen dürfen, die erste vom Jahre 530, die zweite vom Jahre 531, und zwar wie die Constitution de usucapione transformanda vom November dieses Jahres. Jeder nun, der diese drei fast gleichzeitig entstandenen Gesetze unbefangen ansieht, wird zustimmen, daß sie wesentlich auf einem und demselben Gedanken beruhen, wie insbesondere aus den Anfangsworten der l. un. Cod. de usuc. transf. hervorgeht [47]). Justinian nämlich hat offenbar einerseits die kurzen Verjährungszeiten des Civilrechts für zu

47) verbis: et communes exceptiones *in omni loco valeant decem vel viginti vel triginta annorum* etc.

hart befunden, und anderseits zugleich eine durch sein ganzes Reich laufende Gleichheit dieser Fristen herstellen wollen. Ja daß dieser Gedanke, welcher in der l. 13 cit. allgemeiner durchgeführt wird, in der l. 16 cit. nur eine einzelne Anwendung empfing, wird durch das parallele Verhältniß der beiden Sätze Sicut usumfructum etc. und ita et in ceteris servitutibus etc. unzweifelhaft gemacht. Gibt man nun die Richtigkeit dieser unserer Behauptung zu, so folgt weiter, daß im Zweifel, also wo es sich darum handelt, auf welchem Worte der Accent liegt, zunächst nur die Verjährungszeit gemeint sein kann.

Justinian gibt nun in der l. 13 cit. den wesentlichen Inhalt der l. 16 cit. selbst dahin an, daß er den usus fructus, welcher sonst durch zwei- oder einjährigen non usus unterging, einen 10 und beziehungsweise 20jährigen Zeitraum gegeben habe, so daß also der Satz nisi talis exceptio usufructuario opponatur etc. insofern eine schärfer begrenzte Bedeutung erhält, als sich die in l. 16 C. eingeführte Neuerung ausdrücklich auf die bloße Abänderung der Zeit einschränkt. Hat aber einmal der erste Satz Sicut usumfructum etc. eine bestimmte Begrenzung gefunden, dann dürfen wir auch in dem nachfolgenden ita et in caeteris servitutibus etc. nichts Neues erwarten und in der That besteht denn auch die einzige Abänderung darin, daß nun alle Servituten, nicht bloß die Personalservituten, erst durch einen 10 und zwanzigjährigen Nichtgebrauch erlöschen, so daß also in dieser Beziehung durchaus keine Verschiedenheiten mehr obwalten.

Daraus ergibt sich von selbst die Unhaltbarkeit der divergirenden Meinungen. Denn wenn Manche glauben[48], Justinian habe auch für die Erlöschung der Personalservituten die lib. usucapio für nothwendig erklärt, so verstößt das einerseits

48) Ueber die Einzelnen s. Vangerow, Band I. S. 896. —

gegen die Anfangsworte der l. 13 cit., anderseits wird nicht genug berücksichtigt, daß das Wort talis, selbst wenn wir die gewissermaßen authentische Interpretation in l. 13 cit. nicht hätten, ebenso gut auf die bloße Qualität der Zeit nach bezogen werden könnte. Ja daß Justinian keine materielle Gleichstellung im Sinne hatte, geht schon daraus hervor, daß die Einrede gegen die rei vindicatio ganz anders als die gegen die confessoria fundirt sein muß. Etwas ungeschickt ist allerdings die Aeußerung in §. 3 J. de usufr. Finitur autem ususfructus — — — et non utendo *per modum et tempus*[49]). So viel aber steht jedenfalls fest, daß per modum non uti nicht auf die lib. usucapio bezogen werden kann, indem der modus offenbar als von dem Berechtigten, nicht von dem Verpflichteten ausgehend gedacht wird. Was mit dem modus gemeint sei, ist freilich schwer zu sagen; schon die Glosse hat sich mit der Entzifferung dieser am Ende doch nur verfälschten Lesart Mühe gegeben. Wir können uns aller Vermuthungen darüber enthaltend mit einem negativen Resultate um so mehr begnügen, als auch die Basiliken[50]) nur hinsichtlich der Verjährungs**zeit** in l. 16 cit. eine Neuerung annahmen.

Fast aus den nämlichen Gründen widerlegt sich die Ansicht derjenigen, welche die Nothwendigkeit der lib. usucapio nicht bloß auf den Nießbrauch, sondern auf **alle** Servituten ausdehnen wollen[51]). Man stützt sich nämlich darauf, daß Justinian das in l. 16 C. de usufr. eingeführte Recht, d. h. die Nothwendigkeit der lib. usucapio, auch auf die übrigen Servituten ausgedehnt habe.

---

49) Vergl. Glück, Comm. IX. S. 370 ff. — Unterholzner, a. a. O. S. 206. — Vangerow, a. a. O. S. 897.

50) XVI. 8. 39.

51) Glück, Comm. X. S. 265. Not. 49 Mackeldey §. 292. Not. m

Scheinbar etwas begründeter ist die Meinung derjenigen, welche glauben, Justinian habe in der l. 13 cit. die lib. usucapio ganz abgeschafft[52]). Allein sie haben offenbar das eigentliche Ziel Justinians aus den Augen verloren, der nur auf die Zeit Accent legt. Demgemäß muß der Satz: — — ut si u. s. w. so übersetzt werden. „So daß in allen solchen Fällen ein gleiches Verhältniß eintritt und kein Unterschied in dieser Hinsicht[53]) mehr geduldet wird. Nicht auf dem non utendo, sondern auf *non biennio, sed decennio* liegt der Accent.

In der That sind denn auch bei Weitem die Meisten der Ansicht[54]), welcher auch wir uns anschließen mußten, und so können wir mit Ausnahme der Zeit das Resultat der vorigen Numer auch für das neuste Recht beibehaltend uns zu dem nächsten Theile unserer Untersuchung, nämlich der wissenschaftlichen Auffassung der usucapio libertatis hinüberwenden.

## §. 6.

Unterholzner[55]) stellt darüber folgende Behauptungen auf. Die im römischen Rechte gemachte Unterscheidung, daß Rusticalservituten durch bloßen non usus, Urbanservituten erst libertate simul usucapta erlöschen, ist keineswegs willkürlich, sondern sie beruht auf der wesentlichen Verschiedenheit des Besitzes bei den Urban- und Rusticalservituten. In Ansehung der ersteren nämlich ist der Besitz gewissermaßen als ein ausschließender zu betrachten und deßhalb einem wirklichen Besitze ver-

52) Glück a. a. O. Not. 48. S. auch noch die bei Vangerow, a. a. O. S. 898. Angef.

53) d. h. hinsichtlich der Zeit.

54) Vergl. insbes. Unterholzner, II, §. 222. 223. 224. und Vangerow, Band I. S. 898.

55) A. a. O. S. 194. 195. —

gleichbar. Wie nun für diesen die Regel gilt, daß ein bloßes Unterlassen keine Besitzlosigkeit erzeugt, so lange nicht eine entgegengesetzte Thatsache (factum contrarium) eingetreten ist, so auch bei einem auf die Ausübung einer Urbanservitut gerichtetem Besitze. Dieses factum contrarium ist aber eben dasjenige, wodurch sich die Freiheitsersitzung von der Verjährung durch bloßen Nichtgebrauch auszeichnet. Bei der Ausübung einer Rusticalservitut wird dagegen der Eigenthumsbesitz nur auf Augenblicke unterbrochen, so lange nämlich die Ausübung fortwährt. Der hier angenommene Besitz dauert daher auch nicht länger als die wirkliche Ausübung, und fällt mit dem Aufhören derselben von selbst weg: dadurch kommt die dienende Sache von selbst in den Zustand der Freiheit, ohne daß es nöthig wäre, von der Freiheit gleichsam Besitz zu ergreifen.

Mit Recht betont Unterholzner den Unterschied des Besitzes bei Urban- und Rusticalservituten. Es hängt diese Verschiedenheit sicherlich nicht nur mit der lib. usucapio, sondern auch mit dem besondern Interdictenschutze und der Verpfändungsfähigkeit der Rusticalservituten zusammen. Nur macht Unterholzner nicht klar, wie das sog. factum contrarium mit der Freiheitsersitzung als einer Usucapionsart zusammenhänge und geräth deßhalb in Widersprüche. Nehmen wir nämlich nur Rücksicht auf die von Unterholzner angegebenen Beschaffenheiten des Besitzes, so ist offenbar der Besitz der Personalservituten dem wirklichen Besitz noch weit mehr, als der der Urbanservituten vergleichbar, und doch sollen auch diese Servituten durch bloßen non usus erlöschen. Unterholzner wäre bestimmt auf diesen Widerspruch selbst gekommen, wenn er auch bei den Personalservituten nach dem wissenschaftlichen Grunde ihres Unterganges durch bloßen non usus gefragt und sie nicht einfach damit abgefertigt hätte (a. a. O. S. 193), daß er sich auf entgegenstehende ausdrückliche Gesetzesbestimmung berief. Zu

schnell wird die Unterholzner'sche Ansicht von Zielonacki abgefertigt [56]. Gründlicher wäre sie von Elvers [57]) widerlegt, wenn er nicht, was er hauptsächlich angreifen will, erst selbst in sie hineingetragen hätte. Denn Unterholzner fordert beim Untergang der Servituten durch Nichtgebrauch so wenig einen wirklichen Besitz des pflichtigen Eigenthümers, daß er vielmehr an einer Stelle [58]) mit Nachdruck behauptet, das dienende Grundstück könne völlig besitzlos und doch die Verjährung durch Nichtgebrauch begründet sein. Daß Rusticalservituten, wie Elvers gegen Unterholzner noch hervorhebt, eines continuirlichen Besitzes nicht absolut unfähig seien, wird selbstverständlich ohnedem Niemand bestreiten, dagegen Jeder zugeben, daß die Rusticalservituten von den Römern allerdings als discontinuae aufgefaßt wurden [59]), wenn auch manche unter ihnen sich den continuis bis auf einen hohen Grad annäherten und der Untergang derselben durch Nichtgebrauch zuweilen verhütet wurde, wo er außerdem hätte erfolgen müssen [60]).

Mehr in der Richtung, die lib. usucapio als eine Ersitzungsart aufzufassen, geht Puchta vorwärts, indem er vor Allem eine bestimmte Detentio, einen körperlichen Besitz der libertas verlangt. „Die libertatis usucapio [61]) setzt voraus, daß Jemand in dem Besitz der Sache zugleich die libertas besitzt, dieß läßt sich nur annehmen, wo die Freiheit eine sich an der Sache äußerlich darstellende Qualität, wo sie in der Sache

56) Die röm. Serv. Lehre. Breslau 1849. S. 214.

57) a. a. O. S. 370, 371.

58) a. a. O. S. 226.

59) l. 14 pr. D. de serv. — — vel ideo, quia tales sunt servitutes ut non habeant certam *continuamque* possessionem.

60) l. 12 D. quem. serv. am. (8. 6). Et si aqua per rivum sua sponte perfluxit, jus aquae ducendae retinetur.

61) Inst. II. S. 787.

gleichsam verkörpert ist, und so ein Gegenstand des Besitzes im Besitze der Sache wird. Am entschiedensten ist dieß der Fall, wenn die Freiheit sich als eine positive Vorrichtung an der Sache darstellt, wie die Freiheit von der servitus altius non tollendi in dem über diese Schranke hinaus erhöhten Gebäude, wer das erhöhte Haus besitzt, besitzt etwas, was mit der Existenz jener Servitut unverträglich ist, er besitzt in dem Haus wirklich die Freiheit von der Servitut. Doch ist auch schon die Entfernung einer bisher vermöge der Servitut bestehenden Anstalt z. B. die Schließung des Loches, das der Nachbar in unserer Wand hatte, vermöge der servitus tigni imittendi etwas positives und der Besitz des Hauses in diesem Zustande als Besitz der Freiheit anzusehen. Bei Feldgrundstücken verkörpert sich die Freiheit keineswegs auf jene Art, bei serv. praed. rust. ist daher keine lib. usucapio möglich. Ebensowenig ist sie anwendbar bei Personalservituten, bei ihnen schließt die Freiheit oder Unfreiheit noch weniger einen veränderten Zustand der Sache selbst in sich." —

Puchta hat hiemit durch das Requisit einer der libertas als solcher entsprechenden Detentio, welche nur bei Urbanservituten gedacht werden könne, die Personal- und Rusticalservituten von der Freiheitsersitzung principiell und gleichmäßig ausgeschlossen und damit eigentlich erst den Boden, auf welchem die Frage gelöst werden muß, betreten. Zwar meint Elvers [61]), es könne auch bei Weg- und Wasserleitungsservituten das dienende Grundstück auf eine äußerlich erkennbare Weise in eine Lage gesetzt werden, welche jede Ausübung der Servitut unmöglich macht, z. B. durch das Errichten einer Mauer um das mit einer Dienstbarkeit belastete Grundstück und damit falle die ganze Auseinandersetzung Puchta's zusammen. Allein Elvers

61) a. a. O. S. 369.

wäre, wenn er überhaupt die Ersitzung der Freiheit als eine Ersitzungsart nicht ganz und gar verkannt und den daraus folgenden Zusammenhang derselben mit der eigenthümlichen Natur der Urbanservituten übersehen hätte, zu einem solchen Spruche nur insoweit berechtigt gewesen, als die Ersitzung der Freiheit bei Rusticalservituten nicht schlechthin unmöglich ist. Denn damit hat Puchta allerdings zu viel behauptet. Es genügt vielmehr, daß sie nicht nöthig ist. Wir müssen also den Grund, daß usucapio libertatis nur Urbanservituten gegenüber erforderlich ist, nicht sowohl in einer bei den Rusticalservituten vorhandenen Unmöglichkeit derselben, als vielmehr darin suchen, daß dieselbe von den Römern diesen Servituten gegenüber für überflüssig gehalten wurde. Ungern vermissen wir bei Puchta eine genauere Aeußerung darüber, was eigentlich als Gegenstand der libertatis usucapio anzusehen sei? —

Darüber äußert sich bestimmt v. Vangerow[62]). Er glaubt nämlich, daß durch die Constituirung einer Gebäudeservitut wirklich ein Stück Eigenthum verloren gehe, und daß eben dieses Stück Eigenthum vom Verpflichteten mittels der libertatis usucapio zurückerworben werde. Die Trennung aber der aus dem Eigenthum genommenen Befugniß dauere auch nach vollendeter libertatis usucapio fort, indem sie, anstatt mit dem Eigenthum sich wieder zu verbinden, zu einem besonderen Servitutrecht werde.

So sehr wir nun einerseits mit Vangerow übereinstimmen, daß er die lib. usucapio als eine wirkliche Ersitzungsart anerkennt, ihr ein bestimmtes Object setzt, und sie mit dem Unterschied der Urban- und Rusticalservituten in organische Verbindung zu bringen sucht, so sehr müssen wir andererseits widersprechen, daß durch die Bestellung einer Gebäudeservitut ein Stück Eigenthum, eine Eigenthumsbefugniß, über-

62) a. a. O. §. 342 Anm. 3 u. §. 357.

tragen und mit der Freiheitsersitzung als eigenes Recht zurückerworben werde. Denn erstens kann eine Eigenthumsbefugniß als solche gar nicht übertragen werden[63]) und zweitens wird von den Römern ausdrücklich als das Resultat der lib. usucapio nur die Vernichtung des entgegenstehenden Servitutrechts angegeben[64]).

Eine eigene Ansicht endlich stellt Zielonacki auf, der übrigens vorneherein dadurch fehlt, daß er die lib. usucapio ohne alle Rücksicht auf ihre Geschichte für eine erlöschende Verjährung und weil ihr Name dazu nicht paßt, für eine Anomalie erklärt. Er behauptet wörtlich Folgendes[65]):

„Der Umstand, daß der Eigenthümer etwas thun muß, um die Freiheit seines Eigenthums zu gewinnen, erklärt sich daraus, daß die Gebäudeservituten auf Grund des Verzichtens von Seite des Eigenthümers auf die Ausübung einer bestimmten Eigenthumsbefugniß entstehen, d. h. daraus entstehen, daß der Nachbar auf Grund des Verzichts von Seite des Eigenthümers die einer bestimmten Eigenthumsbefugniß gegensätzlich entsprechende Befugniß ausüben darf. Denn da dieß der Fall ist, so folgt von selbst, daß der Eigenthümer seinerseits, damit die Servitut erlösche, den Willen manifestiren muß, auf die Eigenthumsfreiheit nicht mehr verzichten zu wollen. Aus der bloßen Nichtausübung kann dieser Wille nicht gefolgert werden, weil die Nichtausübung der Servitut etwas ist, was den Berechtigten allein angeht. Ipso jure d. h. durch das bloße Factum der Nichtausübung der Servitut kann die Freiheit nicht eintreten, weil das Verzichten auf die Eigenthumsfreiheit das prius und der Erwerb

63) Vergl. unten S. 46. 47.

64) l. 4 §. 29 D. de usurp. Vergl. auch v. Scheurl in der Zeitschr. für gesch. Rechtswissenschaft XII, S. 248.

65) Die Servitutenlehre S. 216.

der Servitut das posterius ist, weil also so lange der Eigenthümer nicht aufgehört hat, auf die Eigenthumsfreiheit zu verzichten, vom Verluste der Servitut nicht die Rede sein kann."

Vor Allem vermissen wir eine Erklärung darüber, wie aus dem einfachen Verzicht des Eigenthümers auf einmal die der aufgegebenen gegensätzlich entsprechende Befugniß auf Seite des Nachbars wird. Sie erscheint hinter einem einfachen „d. h." wie ein deus ex machina. Er hätte doch mindestens sagen müssen, daß der Verzicht zu Gunsten des Nachbars oder seines Prädiums geschieht. Denn Dritten gegenüber sollte er gewiß nicht gelten. Aber selbst damit wäre noch Nichts erklärt; im besten Falle entspränge daraus eine obligatio in non faciendo.

Wie Zielonacki, so hat auch Elvers, so weit er sich in dem bis jetzt erschienenen ersten Theile seiner Servitutenlehre darüber ausgesprochen hat, die lib. usucapio als eine Ersitzungsweise ganz verkannt. Auf seine eigenthümliche Ansicht über das Wesen der Servituten überhaupt werden wir in der folgenden Numer zurückkommen, wo wir nunmehr die Ausführung unserer eigenen Ansicht versuchen wollen.

## §. 7.

Es läßt sich im Eigenthum ein Doppeltes unterscheiden. Erstens die Sache selbst, die vermöge des Eigenthums dem Eigenthümer angehört und zweitens die aus diesem Verhältnisse der Angehörigkeit hervorgehenden Befugnisse. Beides drücken die Römer so aus: res mea est ex jure Quiritium. Setzen wir nun dem Eigenthum die Servitut entgegen, so erscheint diese nicht wie das Eigenthum in jener doppelten Weise, sondern wir sehen in ihr nichts als Befugniß, nichts als Exercition eines

jus. Es ist, wie Puchta[66]) es ausdrückt, die Art und Weise, wie die Sache Gegenstand des Rechts ist, etwas unsichtbares. Der Servitutberechtigte kann nicht sagen: res mea est, oder auch nur: pars rei mea est, sondern: jus mihi est eundi, agendi, aquam ducendi u. s. w. Eben darum entsteht aber auch zwischen Eigenthum und Servitut, wo sie zusammentreffen, nur eine Collision der Befugnisse, der Körper der Sache selbst wird gar nicht berührt. Darin sind auch Alle einig[67]). Es fragt sich nur: wie der Servitutberechtigte dazu komme, selbstständige[68]) Befugnisse an einer Sache ausüben zu dürfen, die der ausschließlichen Herrschaft eines Andern gehorcht? —

Das Nächste ist nun ohne Zweifel, an eine Uebertragung dieser Befugnisse durch den Eigenthümer zu denken, und zwar da in der ausschließlichen Natur des Eigenthums die natürliche Negation[69]) aller Rechte an Sachen, die nicht von ihm sich ableiten, beziehungsweise es nicht beschränken, enthalten ist, an eine Uebertragung von wirklichen Eigenthums=

---

66) Im Rhein. Mus. I, S. 308.

67) Nur Büchel (civilrechtl. Erörterungen, 2. Aufl., S. 423) behauptet bei den Urbanservituten eine physische oder körperliche Schmälerung des Eigenthums der dienenden Sache.

68) Von obligatorischen Berechtigungen, die alle auf Stellvertretung beruhen, ist natürlich keine Rede.

69) So sagt v. Savigny (System Bd. I, S. 369): „Eine noch außer dem Eigenthum liegende Herrschaft des einzelnen Menschen über die unfreie Natur ist nicht denkbar; wohl aber läßt sich eine mannichfaltig begränzte Herrschaft innerhalb des Eigenthumes denken, woraus dann je nach den Bestimmungen des positiven Rechts mehrere einzelne jura in re als besondere Rechtsinstitute gebildet werden können."

befugnissen. Den einzelnstehenden durch Puchta[70]) und Andere erledigten Versuch Duroi's abgerechnet kommen in der That alle bisherigen Theorien, wenn sie auch in einzelnen Punkten von einander abweichen, darin überein, daß die Servituten aus Elementen, oder wie man es ausdrücken könnte, aus einer Rippe des Eigenthums gebildet sind. Etwas davon entfernt steht allerdings die neuerlich von Elvers geltend gemachte Ansicht[71]), daß nach römischer Anschauung durch die Servitut das Eigenthum selbst gar nicht beschränkt, vielmehr nur eine bestimmte Eigenschaft als von dem Eigenthum herausgenommen angesehen und daran dem Servitutberechtigten eine dem Eigenthum ähnliche Herrschaft eingeräumt werde. Diese Ansicht aber, die trotz der Verwahrung ihres Auctors mit der Duroi'schen insofern einige Aehnlichkeit hat, als dominium an Rechten und dominium an Eigenschaften gleich seltsame Begriffe sind, richtet sich größtentheils schon durch die in ihr liegende Erkünstelung[72]), die gerade den Römern am wenigsten eigen

70) Rhein. Mus. I, S. 286 ff.

71) Die römische Servitutenlehre S. 38.

72) Daß man auch die Servituten, ja die jura in re überhaupt dominia nennt (Elvers a. a. O. S. 37, Note m), kann zu einer solchen Fiction darum nicht nöthigen, weil mit dominium i. w. S. im Gegensatze zu den obligatorischen Rechten jedes dingliche Recht und insbesondere das damit verknüpfte Vindicationsrecht bezeichnet wird. l. 1 D. de usurp. (41. 3.) Vergl. Dirksen, manual. sub voce dominium §. 2 und oben Nr. 2 a. E. Was bereits unser ist, das können wir vindiciren d. h. gegen jeden geltend machen, der diese Unsrigkeit, wenn ich so sagen darf, nicht anerkennen will, man kann eine gewisse Herrschaft, ein dominium darüber ausüben, sei es nun, wie Puchta es ausdrückt (Rhein. Mus. I, S. 287), eine totale oder partiale Herrschaft über den Gegenstand. Was unser aber nicht ist, sondern erst unser werden soll, darüber ist ein dominium undenkbar, weil

ist, dann aber auch dadurch[73]), wodurch auch die übrigen Theorien die entgegengesetzte Meinung in uns hervorgerufen haben. Wir müssen nämlich nicht blos leugnen, daß eine noch außer dem Eigenthum liegende Herrschaft des einzelnen Menschen undenkbar, und ebenso, daß die Servitut ihrer Substanz nach vom Eigenthume abzuleiten, sondern sogar behaupten, daß die Entstehung der Servituten durch Uebertragung von Eigenthumsbefugnissen als selbstständiger Rechte unmöglich ist. Da wir mit diesen Sätzen allen bisherigen Theorien gegenübertreten, und da sie offenbar allen Andern präjudiziren, so entsteht für uns die Nothwendigkeit, die Meinungsverschiedenheiten innerhalb der bisherigen Theorien zu übergehen und unsere ganze Thätigkeit auf die angegebenen Sätze zu koncentriren. Ehe wir indessen den eigentlichen Beweis unserer Behauptungen antreten können, müssen wir die uns allenfalls darüber von den römischen Juristen hinterlassenen Zeugnisse prüfen.

Folgende Stellen sind hauptsächlich zu betrachten.

1) l. 25 pr. D. de V. S. (Paulus).

Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum ususfructus alienus est, quia ususfructus non pars dominii, sed servitutis sit, ut via et iter; nec falso dici totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse.

Das Eigenthum, sagt Paulus mit anderen Worten, besteht wesentlich darin, daß der Berechtigte sagen kann: res mea est ex jure Quir. Daher wird bei der Frage, ob etwas ganz unser Eigenthum sei, Alles darauf ankommen, ob wir dieß hinsichtlich des ganzen Körpers behaupten können. Hier nun wird

eben das dominium noch bei dem Andern ist, der nur mit einer gewissen necessitas zu einem dare oder facere verpflichtet ist. Am schärfsten und wirksamsten tritt der Unterschied zwischen dominium und bloßer Verpflichtung im Concurs hervor.

73) Vergl. unten Note 80.

gefragt, ob der Usufructus eine Minderung des Eigenthums enthalte und konsequent die Frage verneint, weil man nicht sagen kann, daß irgend ein Theil des Körpers auf den Usufructuar übergegangen sei. Wenn Paulus scheinbar hievon abweichend in l. 4 D. de usufr. behauptet: ususfructus in multis casibus pars dominii est et extat, quod vel praesens vel ex die dari potest — so soll dieß offenbar nichts anderes heißen, als: der Usufructus wird in vielen Fällen wie ein Theil des Eigenthums behandelt. Denn der Usufructus kann nicht zugleich ein Theil und Nichttheil des Eigenthums, er muß entweder das eine oder das andere sein. Daß nun das letztere der Fall sei, hat Paulus in der ersten Stelle bestimmt und mit Gründen behauptet. Die zweite Stelle enthält keinen Widerspruch, vielmehr nur eine Auseinandersetzung mit dem Inhalt der ersten Stelle und liegt in beiden folgender Gedanke. Der Usufructus ist freilich kein Theil des Eigenthums; sonst müßte ein Theil des Körpers auf den Usufructuar übergegangen sein; aber in vielen Fällen wird er doch so behandelt.

2) l. 4 pr. D. si serv. vind. (8. 5.)

Loci corpus non est dominii ipsius, cui servitus debetur, sed jus eundi habet.

Was Paulus dort vom Usufructus, das behauptet Ulpianus hier von der Wegservitut.

3) l. 63 D. de usufr. (7. 1.)

Quod nostrum non est, transferemus ad alios, veluti is, qui fundum habet, quamquam usumfructum non habeat, tamen usumfructum cedere potest.

Die Stelle ist allerdings einer doppelten Auslegung fähig, je nachdem man unter dem ususfructus, quem dominus non habet, die bloße Consequenz aus dem Eigenthum oder die Personalservitut versteht. Im ersten Fall wäre der Sinn der, daß der Eigenthümer den ususfructus auch dann cediren kann, wenn

ihn zur Zeit ein Anderer hat, so daß die jetzige Cession erst mit dem Erlöschen des früher cedirten Usufructus wirksam wird [74]). Im zweiten Falle aber würde es so heißen. Auch was unser nicht ist, übertragen wir doch auf Andere. So kann der Eigenthümer, obgleich er das jus utendi fruendi nicht hat, es doch in einem Andern zum Dasein bringen, und so ist die Stelle auch jedenfalls zu verstehen. Es ist merkwürdig, scheint Paulus sagen zu wollen, daß der Eigenthümer ein jus in dem Andern hervorzubringen im Stande ist, das er selbst nicht hat. Im Ganzen enthält diese Behauptung Nichts neues. Immer ist es der einfache Gedanke, daß Eigenthum und Usufructus völlig verschiedene Rechte sind.

4) l. 5 pr. D. si ususfr. pet. (Ulpianus).

Uti frui jus sibi esse solus potest intendere, qui usumfructum habet; dominus autem fundi non potest: quia qui habet proprietatem, jus utendi fruendi separatum non habet.

Obgleich der Eigenthümer, will Ulpian damit sagen, ein Recht auf den Nießbrauch hat, weil er Eigenthümer ist, so kann er doch den Usufructus als ein eigenes Recht nicht geltend machen; denn er hat es nicht.

Endlich gehört in diesen Kreis auch noch eine Stelle des Papinian, nämlich

5) l. 44 §. 5 D. de usurp. (41. 3).

Non mutat usucapio superveniens pro emptore vel pro herede, quominus pignoris persequutio salva sit; ut enim ususfructus usucapi non potest, ita persequutio pignoris, quae nulla societate dominii (dominio Hal. u. Vulg.) conjungitur,

---

74) Vergl. l. 72 D. de usufr. Si dominus nudae proprietatis usumfructum legaverit, verum est, quod Maecianus scripsit, — — valere legatum.

sed sola conventione constituitur, usucapione rei non perimitur.

Die dazwischen kommende usucapio pro emptore oder pro herede, sagt der große Jurist, hindert nicht die Geltendmachung eines schon bestehenden d. h. vor vollendeter Usucapion vorhandenen Pfandrechts. Denn so wenig der Usus fructus neben dem Eigenthum als ein separatum jus usucapirt werden kann, — sonst könnte er ja sagen ususfructus meus est, jus mihi est utendi fruendi — so wenig kann die Ersitzung des Eigenthums das daran begründete Pfandrecht alteriren, das mit dem Eigenthum gar nichts zu thun hat, sondern durch Vertrag allein begründet wird. Offenbar hat auch Papinian damit Nichts als die Verschiedenheit und gegenseitige Unabhängigkeit der jura in re und des Eigenthums behauptet, nur wieder in einer neuen Anwendung.

Nicht hieher gehörig ist die von Vielen [75]) hieherbezogene l. 5 §. 9 D. de O. N. N. (39. 1). (Ulpianus).

Et belle Sextus Pedius definiit, triplicem esse causam op. nov. nuntiationis, aut naturalem aut publicam aut impositiciam; — — — impositiciam, cum quis posteaquam jus suum deminuit, alterius auxit, hoc est posteaquam servitutem aedibus suis imposuit, contra servitutem fecit.

Denn der Jurist will nur accentuiren, daß im dritten Falle der Nuntiationsgrund vom Nuntiaten selbst ausging, indem er zu Gunsten des Nuntianten eine Rechtsveränderung herbeiführte. So ist der Satz von posteaquam — auxit zu verstehen. Aber in solcher Unbestimmtheit konnte man auch an eine bloße obligatio denken, und daher gibt der Jurist die Natur dieser Rechtsveränderung genauer dahin an, daß der Nuntiat seinem Gebäude eine Servitut auflegte. Somit wird der erste durch den

75) Vergl. u. A. Guyet, Abhandl. aus dem Civ. R. Nr. 1 S. 5.

zweiten nicht der zweite durch den ersten Satz bestimmt, womit sich alle daraus auf eine Definition des Wesens der Servitut gezogenen Folgerungen [76]) von selbst erledigen. Gesetzt aber auch der Jurist hätte die Servituten mit jenen Worten beschreiben wollen, so kann eine so ganz beiläufige Aeußerung um so weniger Gewicht haben, als es hier auf eine genaue Definition keinesfalls abgesehen sein konnte.

Alles also, was wir aus den Aussprüchen der bedeutendsten Juristen zu entnehmen vermögen, besteht darin, daß die Servituten und die jura in re überhaupt von dem Eigenthum verschiedene, und einmal entstanden, von ihm ganz unabhängige Rechte sind, die der Eigenthümer selbst nicht hat, aber in Andern hervorbringen kann. Die Frage, ob der Eigenthümer die Sache selbst für sich behalten, und die in dem Eigenthum als solchem liegenden Befugnisse als selbstständige Rechte auf Andere übertragen könne, haben sie geradezu meines Wissens weder gestellt noch beantwortet und sind daher, wir können diese Bemerkung nicht unterdrücken, auf halbem Wege stehen geblieben.

Wir behaupten nun, daß das Zurückbehalten der Sache selbst und das Uebertragen von Eigenthumsbefugnissen als selbstständigen Rechten **unmöglich** ist, und zwar deßhalb, weil die **Eigenthumsbefugnisse** weder unter sich noch so theilbar sind [77]), daß einzelne Befugnisse selbst unter Mehrere zugleich vertheilt werden [78]). Denn wenn auch das Eigenthum theilbar

76) Dieß thut insbesondere **Vangerow**, indem er in den Worten posteaquam — auxit eine Beschreibung der Urbanservituten findet. Pand. I. S. 782.

77) Z. B. daß der Eine die Befugniß zu benutzen, der Andere die Befugniß zu veräußern hätte.

78) Dieß schließt nicht aus, daß Mehren eine Wegservitut an einem und demselben Grundstück zusteht. Nur beruht dieß nicht auf einer **Theilung der Eigenthumsbefugnisse**.

ist, soweit es sich um seinen Gegenstand, eine körperliche Sache, handelt, so ist es doch gleich dem Besitze untheilbar seiner **Ausübung** nach. Es kann weder von zwei Miteigenthümern pro indiviso noch von Eigenthümer und Servitutberechtigten getheilt ausgeübt werden, und das können wir aus den Aussprüchen der römischen Juristen selbst entnehmen. Wie nämlich die Servituten, die allerdings in mero jure consistunt, bloße Befugnisse ohne Körper, sind, nicht getheilt werden können [79]), so können auch die Eigenthumsbefugnisse als solche, also ohne Rücksicht auf die Sache selbst, nicht getheilt werden, weil eben bloße Befugnisse schon ihrer Natur nach der Theilung widerstreben [80]), und weil, wenn wir die Befugnisse allein ins Auge fassen, gar nichts darauf ankommt, ob dieselben aus dem Eigenthum oder einem bloßen Vertrage entsprungen sind.

Aber wie kommt denn Jemand zu der Befugniß, auf fremdes Eigenthum einzuwirken, wenn der Eigenthümer keine Befugniß auf ihn überträgt? — Vielleicht hat **Papinian**, indem er auf die Entstehung des Pfandrechts durch bloßen Vertrag Accent legte, Etwas von dem im Sinne gehabt, worauf wir unsere Ansicht vornehmlich zu stützen gedenken.

Es entstehen die Servituten, wie die jura in re überhaupt, meistens durch eine selbstständige Disposition, und da sie immer gegen eine fremde Sache gerichtet sind, durch eine selbstständige

---

79) l. 17 D. de serv. (8. 1). Viae itineris — — pars in obligationem deduci non potest, quia usus eorum indivisus est. Daß der Ususfructus ausnahmsweise Theilung zuläßt, (l. 5 D. h. t. (7. 1) kommt daher, daß er **Eigenthumserwerb**, also dasjenige im Gefolge hat, was Theilung zuläßt.

80) So wenig aber Befugnisse theilbar sind, so wenig sind es gewiß auch die **Eigenschaften**, und darin liegt, was wir oben gegen **Elvers** ohne nähere Bezeichnung des Grundes behauptet haben.

Disposition des Eigenthümers [81]); denn dieser allein ist befugt, im Zweifel ausschließlich über die Sache zu gebieten und zu verfügen. Denken wir uns diese Disposition vorerst einmal hinweg, und betrachten die Servituten von ihrer rein factischen Seite, so sind es offenbar selbstständige Eingriffe in eine fremde Rechtssphäre, selbstständige Eingriffe in fremdes Eigenthum. Man anerkennt das fremde Eigenthum und übt gewisse Befugnisse dennoch aus, man stellt sich, indem man Servituten ausübt, über das Eigenthum. So lange nun die Ausübung der Befugnisse nicht auf Grund eines wirklichen Rechts geschieht, hilft diese Ueberhebung über das Eigenthum nichts, sie wird mit der negatoria zur Ruhe verwiesen. Kommt aber die Disposition, die Genehmigung des Eigenthümers dazu, dann werden diese Eingriffe auch dem Rechte nach über das Eigenthum hinaufgehoben. Es wird auf der Höhe des Eigenthums eine neue Macht errichtet, der es bis zu einem gewissen Umfang unterworfen und dienstbar ist. Das Eigenthum ist nicht der Stoff, aus welchem die Servituten gebildet werden; denn Eigenthum ist wesentlich Recht auf den Körper, die Befugnisse sind nur Consequenz davon; sondern es ist gewissermaßen der Hebel, das unentbehrliche Werkzeug, wodurch die in den Servituten liegenden Eingriffe aus den Niederungen eines bloß factischen Zustandes in die Region der Rechtsverhältnisse emporgehoben werden.

---

81) Daraus ergibt sich der Ungrund der Elver'schen Behauptung, (a. a. O. S. 30) daß Servituten auch an herrenlosen Sachen entstehen könnten. Das angeführte Beispiel, wornach Jemand einen Balkon an der Meerseite errichtet und nicht zugleich das Eigenthum des darunter befindlichen Bodens occupirt, ist schon nach den einfachsten Baugesetzen rein unmöglich, aber auch davon abgesehen ebensowenig denkbar, als daß Jemand ein Pferd in der Wildniß occupirt, bloß um den ususfructus daran zu haben! —

Kein Gedanke also, daß durch die Servitutbestellung bloße Eigenthumsbefugnisse übertragen würden. Eigenthumsbefugnisse ohne Körper existiren nicht. Vielmehr wird vermöge des Eigenthums eine fremde Macht gesetzt, die zwar das fremde Eigenthum vollkommen anerkennt, aber in bestimmter Weise in seine Sphäre eingreift und die in ihm liegenden Befugnisse, soweit sie selbst reicht, zurückdrängt. Die Servituten und alle jura in re beruhen auf einem wirklichen Fortschritt der Rechtsproduction. Das Eigenthum allein ist nicht ausreichend, die vielfältigen Bedürfnisse des Lebens zu befriedigen und daher auch das Recht bei der Unterwerfung der Sachen zu Eigenthum nicht stehen geblieben [82]. Man rief den Vertrag zu Hülfe, und wie dieser die reichhaltigste Mannichfaltigkeit obligatorischer Verhältnisse zu Wege brachte, so wurde er auch im Gebiete der dinglichen Rechte fruchtbar, indem er Befugnisse an der Sache ohne Eigenthum, Befugnisse trotz, aber auch vermöge fremden Eigenthums setzte, die der Berechtigte mit einer die negatoria überwindenden vindicatio verfolgen kann. Das Eigenthum an sich wird durch die Bestellung einer Servitut nicht verändert, die Consequenz: res mea est, also habe ich Befugniß ausschließlich auf die Sache einzuwirken, dauert unverändert fort, Dritten gegenüber unbedingt, gegen den Servitutberechtigten nur nicht, so lange die Servitut besteht, an welcher, wenn das Bild erlaubt ist, die aus dem Mittelpunct des Eigenthums hervorströmenden Befugnisse wie an einem härteren Körper zerbrechen würden.

Fragt man uns aber, was denn mit der Bestellung einer Servitut veräußert werde, so antworten wir, dasjenige, was der Eigenthümer nach bestellter Servitut nicht mehr hat, und das ist nichts als die negatoria gegen den Servitutberechtigten bis zu dem Umfang der ihm eingeräumten Befugnisse [83].

82) Vergl. Puchta, im Rhein. Mus. I. S. 257. —

83) Denn sobald der Servitutberechtigte über seine Befugnisse hinaus-

Man muß sich nur nicht daran klammern, daß der Andere das Nämliche, was wir veräußern, auch erwerben müsse. Das ist ja eben die eigenthümliche Kraft und Fähigkeit des Vertrages, daß der Eine etwas anderes veräußern, der Andere etwas anderes, ihm Widerstreitendes, erwerben kann. Die Servituten entnehmen also wirklich, wie Papinian vom Pfandrecht behauptet, die Kraft ihrer rechtlichen Existenz aus dem Vertrage mit dem Eigenthümer. Vermöge dieses Vertrages aber wird nicht ein Theil des Eigenthums, es werden nicht Eigenthumsbefugnisse auf den Andern übertragen, sondern der Eigenthümer gestattet vielmehr, daß über seinem Eigenthume eine fremde Macht sich festsetze, der es bis auf einen gewissen Umfang unterworfen und dienstbar ist, womit denn auch die Sprachweise servitutem imponere, injungere zusammenstimmt. Ob die Befugnisse des Servitutberechtigten solche sind, wie sie der Eigenthümer selbst zu üben pflegt, oder andere, ist einerlei. Die Servituten dienen ja doch immer fremden Zwecken und nach dieser Dienlichkeit allein sind ihre Grenzen zu bemessen [84]).

Wenn wir aber sagten, die Servituten entnehmen die Kraft ihres Daseins aus dem Vertrage mit dem Eigenthümer, so haben wir dieß in einem weiteren Sinne gemeint, insofern nämlich die übrigen Entstehungsgründe Gesetz, richterlicher Spruch, testamentarische Verfügung und Ersitzung in der That als bloße Surrogate des Vertrags zu betrachten sind.

Gibt man das bisherige zu, so ist der Boden der Servituten und der jura in re überhaupt um Vieles vereinfacht, um

---

geht, kann bekanntlich die negatoria wieder gebraucht werden. l. 14 pr. D. serv. vind. (Pomponius). Si cum meus proprius esset paries, passus sim te immittere tigna, quae antea habueris, *si nova velis immittere, prohiberi a me potes;* imo etiam agere tecum potero, ut ea quae nova immiseris, tollas.

84) Vergl. z. B. l. 8 pr. D. de serv. (8. 1). —

Vieles fester. Ueberall sind es bestimmte Befugnisse, auf fremdes Eigenthum irgend wie einzuwirken, jura ohne corpus, aber doch in corpore, denn sie können an der Sache und wegen der Sache selbst verfolgt und deßhalb allerdings mit der Benennung „partielle Unterwerfung körperlicher Gegenstände“ [85]) bezeichnet werden. Nur darf man in ihnen nicht mit Puchta „losgetrennte Bestandtheile des Eigenthums“ suchen. Untereinander sind diese Befugnisse sowohl gruppenweise, als im Einzelnen mannichfach verschieden. Darauf beruht der Unterschied der Servituten, des Pfandrechts [86]), der Emphiteusis und Superficies, der Unterschied der Personal-, Urban- und Rusticalservituten, und zuletzt die Unterscheidung der einzelnen Servituten selbst. Uns interessirt indessen nur der Unterschied, welcher zwischen Urban- und den übrigen Servituten obwaltet. —

Die Rusticalservituten enthalten nun offenbar einen mehr vorübergehenden, wenn auch immer wiederkehrenden Eingriff in fremdes Eigenthum, non habent certam continuamque possessionem; sie sind in den Augen der Römer mehr bloße facultas, reinste Befugniß, jus merum, wie einmal Paulus von der Wegservitut sagt (l. 4 §. 27 D. de usurp.), und verschwinden, sobald die Ausübung derselben unterbleibt. Sie sind gewissermaßen durch und durch unkörperlich, und räumen schon dadurch vollständig das Feld, daß sie nicht ausgeübt werden, non usu omittuntur et amittuntur.

Die Urbanservituten dagegen sind mehr Ruhe, mehr Sub-

85) Puchta, a. a. O. S. 287. — Man könnte das jus in re auch als das bestimmte oder besondere, das Eigenthum als das unbestimmte oder allgemeine dominium i. w. S. bezeichnen. Das Besondere hat nicht die Aufgabe, das Allgemeine aufzuheben oder zu mindern, aber es geht ihm vor, wie Stadtrecht dem Landrecht.

86) Das Pfandrecht ist von Allen der energischste Eingriff, ein Schrecken der Eigenthümer, wenn es in Bewegung gesetzt wird! —

stanz, indem sie sich durchgehends entweder in einer körperlichen Vorrichtung oder doch in einem specifischen Zustand der Gebäude selbst ausprägen, obgleich sie allerdings kein selbstständiges Dasein haben, sondern is eas possidere intelligitur, qui aedes possidet. Sie werden aber auch ebendeßhalb schon durch den Besitz des Hauses selbst in diesem Zustand erhalten — possessione retinentur — und erlöschen erst nach Ueberwindung des ihnen entsprechenden specifischen Zustandes der Gebäude d. h. eben durch lib. usucapio. Sie sind auf dem dienenden Gebäude gewissermaßen „ansäßig" geworden, darum müssen vor Allem erst ihre Sitze zerstört und vom Eigenthum reoccupirt werden. Sie werden von dem Berechtigten fast mehr gehütet, als ausgeübt, sie üben sich gewissermaßen von selbst aus, und daher kommt es, daß der bloße non usus an der eigentlichen Sachlage noch gar nichts ändert.

Was die Personalservituten anlangt, so bestehen auch sie lediglich in der Ausübung gewisser Befugnisse, des uti frui, ohne am Gegenstand selbst ein specifisches Merkmal hervorzubringen oder nöthig zu haben. Sie weichen nur dadurch von den Rusticalservituten ab, daß sie ohne die Detentio der dienenden Sache nicht ausgeübt werden können, und es so gut wie unmöglich sein wird, trotz der Detentio den non usus zu beweisen [87].

Nun wird es uns auch nicht schwer fallen, anzugeben, was als eigentliches Resultat der lib. usucapio zu betrachten sei. Da nämlich durch die Bestellung der Servitut weder ein Theil des Körpers selbst noch auch bestimmte Eigenthumsbefugnisse auf

---

87) Daß der usus oder non usus neben der Detentio nicht gleichgültig ist, besteht für sich. Vergl. l. 20 D. quib mod. ususfr. (7. 4). (Paulus).

den Servitutberechtigten übertragen werden, so kann die lib. usucapio weder Rückerwerb eines verloren gegangenen Stück Eigenthums enthalten, noch auch den Rückerwerb bestimmter Eigenthumsbefugnisse, sondern der Eigenthümer erwirbt lediglich das Vindicationsrecht wieder, das außerdem durch die *exceptio servitutis* entkräftet werden konnte. Es geht also nicht sowohl mit dem Eigenthum selbst eine Veränderung vor — Dritten gegenüber konnte ja das Vindicationsrecht auch schon bei bestehender Servitut vollkommen und ohne entgegenstehende exceptio ausgeübt werden — vielmehr ist als die mittels der lib. usucapio herbeigeführte Veränderung lediglich die Vernichtung des der Ausübung der fraglichen Eigenthumsbefugniß entgegenstehenden Servitutrechts anzusehen, so daß in dieser Beziehung zwischen dem Untergang durch lib. usucapio und bloßem non usus kein Unterschied stattfindet. Daß man von einer förmlichen Ersitzung der Freiheit redet, das hat seinen Grund theils in der eigenthümlichen Einwirkung der Urbanservituten auf das fremde Eigenthum, theils in dem Eingangs entwickelten ursprünglichen Begriff der usucapio, die zunächst nur in ein Vindicationsrecht auslief ohne Rücksicht darauf, ob der Erwerb eines körperlichen Gegenstandes oder der eines bloßen jus in Frage stund, wenn nur das zu erwerbende Vindicationsrecht durch eine ihm entsprechende detentio, durch eine wenigstens der natürlichen Anschauung nach vorhandene possessio, vermittelt wurde. Darauf beruhten nächst der usucapio libertatis die alten Institute der usucapio servitutum, hereditatis und der usu in manum conventio. Die usucapio libertatis allein ist von dem Umschwung der Usucapionsprincipien durch Juristen und Gesetzgebung merkwürdigerweise nicht betroffen, als ein immer noch praktisches Zeugniß jener alten Anschauung übrig geblieben und hat so den gewiß höchst interessanten Beweis geliefert, wie auch im Gebiete des Rechts oft einzelne Gewächse

noch fortleben, nachdem der Boden, wo sie aufwuchsen, schon seit Jahrtausenden zu anderen Culturen verwendet worden ist.

§. 8.

Die einzelnen Erfordernisse der Freiheitsersitzung anlangend so ist vor Allem ein bestimmter Besitz, eine wirkliche Detentio, der libertas erforderlich. In dieser Hinsicht entnehmen wir schon aus der mehrfach citirten l. 6 D. de S. P. U. die genügenden Anhaltspunkte. Der Besitzer des dienenden Gebäudes muß mit diesem eine körperliche Veränderung vornehmen, wodurch einerseits die Freiheit des Eigenthums bethätigt, anderseits die Ausübung der Servitut unmöglich gemacht wird und das Gebäude sodann die gesetzliche Zeit hindurch in diesem Zustande besitzen. Nicht erforderlich ist, daß der Usucapient in eigener Person den die Freiheit des Eigenthums darstellenden Zustand herbeigeführt habe. Es genügt auch, wenn es durch einen Andern geschah[88]).

Aber nicht jede körperliche Veränderung am dienenden Prädium, woraus allenfalls auf eine Bethätigung der Freiheit geschlossen werden könnte, ist zur Begründung des Freiheitsbesitzes ausreichend; es muß vielmehr diese Veränderung, gleich wie der dem Servitutrecht entsprechende Zustand der Gebäude, eine ein für allemal bestimmte und körperlich fest demarkirte sein.

l. 7 D. de S. P. U. (Pomponius).

Quod autem aedificio me posse consequi ut libertatem usucaperem dicitur, idem me non conseculurum, si arborem eodem loco sitam habuissem, Mucius ait: et recte, quia non ita in suo statu maneret arbor, quemadmodum paries propter motum naturalem arboris. Der Baum hat natürliches Wachsthum und ist daher, insofern durch dieses Wachsthum die Servitut

88) l. 32 §. 1 D. de S. P. U. — Vergl. auch Sintenis, prakt. Civilrecht S. 106.

allmählich vereitelt werden soll, zur Begründung des Freiheitsbesitzes ungenügend, sei es, daß der Baum bei der Servitutenbestellung schon vorhanden war oder daß er nachher gepflanzt wurde. Denn in keinem Falle kann der Baum einen fest demarkirten Besitz begründen, weil er wegen seines natürlichen Wachsthums in jedem Jahre eine andere Höhe und einen andern Umfang einnimmt. Es bedarf also nicht der von Luden [89]) vorgeschlagenen Wunderlichkeit, als werde mit dem Wehen des Windes und beziehungsweise der dadurch hervorgebrachten Bewegung der Zweige, wenn auch nur auf Augenblicke, die Ersitzung unterbrochen. Auch will der Jurist nicht sagen, daß die Freiheitsersitzung unterbrochen werde, sondern daß unter solchen Umständen ein Besitz der Freiheit gar nicht vorhanden sei.

Da endlich die Freiheit, so wenig als die entgegengesetzte Urbanservitut, für sich allein besessen werden kann, so kann die Freiheit nur in und mit dem Besitze des dienenden Gebäudes selbst ersessen werden. Eine Besitzunterbrechung hinsichtlich des Gebäudes gilt zugleich für eine Unterbrechung des Besitzes der Freiheit.

l. 32 §. 1 D. de S. P. U. (Julianus.).

Libertas servitutis usucapitur, si aedes possideantur; quare si is qui aedificatum altius habebat, ante statutum tempus aedes possidere desiit, interpellata usucapio est; is autem, qui postea easdem aedes possidere coeperit, integro statuto tempore libertatem usucapiet. —

Ob schon nach vorjustinianischem Rechte bei der lib. usucapio accessio possessionis stattgefunden habe, darüber existiren wegen der in dem Schlußsatz dieser Stelle liegenden Unbestimmtheit verschiedene Ansichten, indem einige ihn so verstanden, daß das Gebäude nur nicht ohne Besitzer und bloß vermöge

89) Die Servitutenlehre. S. 184. — Vergl. übrigens auch Glück Comm. X. S. 256. —

des Höherbaus in den Zustand der Freiheit gelangen könne[90]), andere darin den ausdrücklichen Ausschluß der accessio possessionis erblicken wollten[91]). Erwägt man, daß zu Julians Zeit die Zusammenrechnung des Besitzes überhaupt noch in sehr beschränktem Maaße Anwendung fand[92]), und daß sie, wenn sie stattfand, vor Allem einen titulirten Besitz voraussetzte, während die lib. usucapio eines solchen nicht bedarf, so dürfte die letztere Ansicht ebenso den Vorzug verdienen, als nach Justinianischem Rechte die Zulässigkeit der accessio possessionis allgemein behauptet wird[93]).

Wie sich der Freiheitsbesitz im Einzelnen gestalten müsse, das ist mehr quaestio facti. Bezüglich der serv. alt. n. toll., ne lum. off., tigni imitt. haben wir ausdrückliche Nachrichten, bei den übrigen wird jedenfalls Beseitigung der zur Ausübung der Servitut erforderlichen Anstalt oder auch des entsprechenden Zustandes der Gebäude erfordert, was natürlichermaßen bei den verschiedenen Servituten nicht gleichmäßig leicht wird geschehen können. So wird es eine Dachrinne oder ein Rauchrohr des Nachbars zu beseitigen weit leichter sein, als den Balkon oder das Wetterdach abzutragen, die sich in unsern Luftraum hereinerstrecken. Leitende Grundsätze bleiben aber dabei immer einmal die factische Bethätigung der der Servitut entgegenstehenden Eigenthumsbefugniß und zweitens die Herbeiführung eines körperlichen Zustandes, wodurch die Ausübung der Servitut factisch unmöglich wird. Ob die Vorrichtung, wodurch die Servitut ausgeübt wird, sich am dienenden oder herrschenden Gebäude,

---

90) So Luden, a. a. O. S. 184. — Hoffmann, Servitutenlehre II. S. 205.

91) So Unterholzner Verj. Lehre II. §. 234. a. E., der aber für das Justinianische Recht die andere Auslegung gut heißt.

92) Vergl. Unterholzner a. a. O. I. §. 132.

93) Unterholzner, a a O. II. §. 234.

oder an beiden zugleich befindet, das macht keinen Unterschied. Umsonst glaubt daher Zielonacki[94]), daß nur die Freiheit von den negativen Gebäudeservituten als eine positive Vorrichtung sich darstelle, und damit die Auseinandersetzung Puchta's zusammenfalle. Setzen wir z. B. eine serv. stillicidii recipiendi, so ist dieß unstreitig eine affirmative Gebäudeservitut, so zwar, daß der Eigenthümer des dienenden Prädiums die Ableitung des Regenwassers durch eine Rinne auf sein Grundstück dulden muß. Nach der Behauptung Zielonacki's selbst muß der Eigenthümer des dienenden Grundstücks die Eigenthumsfreiheit innerhalb einer bestimmten Zeit factisch geltend machen. Wenn er aber nicht die Rinne beseitigt, wodurch das Wasser abfließt, dann sehe ich in der That nicht ein, worin die factische Bethätigung der Freiheit bestehen soll. Er könnte höchstens gegen den Ablauf des Regenwassers protestiren, wodurch aber doch offenbar die lib. usucapio nicht begründet werden kann [95]).

Mehr Schwierigkeit bietet die Frage: wie die libertatis usucapio bei den servitutes altius tollendi, luminibus officiendi u. s. w. sich gestalte? — Rudorff[96]) meint, hier sei die lib. usucapio schon durch die lex Scribonia ausgeschlossen, indem die Freiheit sich selbst wieder als Servitut herausstellen würde. Wir sind zwar auch der Meinung, daß lib. usucapio bei diesen Servituten nicht stattfinde, halten aber die Berufung auf das Scribonische Gesetz für unthunlich. Denn erstens würden diese Servituten durch die lex Scribonia doch nur mittelbar betroffen worden sein, so daß man selbst noch zweifeln könnte, ob es auf sie Anwendung gefunden habe, und zweitens wird vom späteren Rechte eine Ersitzung der Servituten wieder=

94) a. a. O. S. 213.

95) alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem. l. 6. D. de S. P. U. (8. 2).

96) Schneider's krit. Jahrb. XV. S. 327.

um anerkannt. Die Sache hat einen viel einfacheren Grund. Hauseigenthümer, die überall unbeschränkten Gebrauch von ihrem Eigenthume machen wollen, setzen sich gegenseitig mannichfachen Belästigungen aus. Daher mochten die Römer, um solchen vorzubeugen, besonders die Bau- und Lichtverhältnisse ihrer Häuser vertragsmäßig einer genaueren Ordnung unterwerfen. Hatte nun ein Hauseigenthümer z. B. das Recht erhalten, sein Haus um 10 Schuhe höher zu bauen[97]), so hatte er dieses nicht als eine dem Eigenthume nicht ganz entzogene Befugniß, sondern als ein ihm vom Gegner besonders concedirtes Recht, da beide schon vermöge des bloßen Vertrages auf die Ausübung dieser Befugnisse von Eigenthumswegen verzichtet hatten, und die Klage aus diesem Recht war also nicht die negatoria, sondern die confessoria. Dasselbe ist der Fall, wenn die Erhöhung des Gebäudes vermöge gesetzlicher Vorschrift hätte verhindert werden können, der Nachbar aber seine Genehmigung gibt, — oder wenn eine vorher bestandene servitus altius non tollendi so aufgehoben wird, daß dem Pflichtigen bis zu einer gewissen Höhe zu bauen erlaubt sein soll. — Da in allen diesen Fällen die in die Form eines Servitutenrechts gebrachten Befugnisse das Niveau des Eigenthums nicht einmal erreichen, sondern noch eine Strecke unter ihm zurückbleiben, so leuchtet von selbst ein, daß ihnen gegenüber eine Ersitzung der Freiheit unmöglich ist. Wir haben daher diese Servitutrechte als wahre durch das Bedürfniß erzeugte Anomalien zu betrachten.

Den bestimmten Besitz der Freiheit vorausgesetzt ist unbestritten nach römischem Rechte weder justus titulus noch bona fides, nach canonischem Rechte wenigstens kein justus titulus erforderlich[98]).

---

97) Vergl. l. 26 pr. D. de exc. rei. jud. (44. 2).

98) l. 32 pr. D. de S. P. U. (8. 2.) cap. 20. X. de praescr. (2. 6).

Ferner entsteht die Frage, in wie weit die lib. usucapio durch Vitiosität des Besitzes gehindert werde. Hinsichtlich des Precariums ist die Antwort weder schwierig noch bestritten, indem zwei Stellen der Compilation die Erfolglosigkeit des Precariobesitzes gleichmäßig erhärten[99]). Zweifelhafter werden wir in Bezug auf die vi possessio durch eine Stelle des Paulus l. 4 §. 27 D. de usurp., die so lautet:

Si viam habeam per tuum fundum et tu me ab ea vi expuleris, per longum tempus amittam viam nec de via quis id est[100]) mero jure detruditur.

Paulus meint also, ob man die Wegservitut aus freiem Willen oder von dem Andern gewaltsam hinweggetrieben nicht ausübe, das sei in Bezug auf den Verlust derselben durch Nichtgebrauch von keinem Belange. Denn es wird Niemand aus dem Wege, der ja eigentlich bloßer Rechtsbegriff ist, dejicirt. Cujacius, der die florentinische Lesart verwirft, will unter „*mero jure*“ so viel als „*stricto jure*“ verstehen. Der Sache selbst nach macht es keinen erheblichen Unterschied, nur daß, wer mit Cujacius liest, den eigentlichen Grund, weßhalb die gewaltsame Hinwegtreibung des Berechtigten den Untergang der Servitut durch non usus nicht hindert, erst aufsuchen muß, während er nach der Florenzer Lesart offenbar schon in den Worten „id est mero jure“ selbst enthalten ist. Wir haben gerade durch Paulus schon oft erfahren, daß Rusticalservituten, auch wenn sie Körpern anhängen, doch unkörperlich sind, ja daß sie nicht einmal eine certa und continua possessio zulaßen, wie die Urbanservituten, sondern eigentlich nur so lange besessen

---

Quomiam *omne*, quod non est ex fide, peccatum est etc. Unterholzner, Verj. Lehre II. §. 232.

99) l. 32 pr. D. de S. P. U. — l. 17 D. comm. praed. (8. 4.)

100) Die Worte id est hat die florentina, in anderen Drucken fehlen sie.

werden, als sie geübt werden. Sie sind daher in einem ganz vorzüglichen Sinne jura ohne corpus, res incorporales, oder wie Paulus hier sich ausdrückt, *mera jura*. Wenn ich also auch an der Ausübung einer Wegservitut gewaltsam gehindert werde, — im Grunde genommen, wird die Verhinderung sogar in den allermeisten Fällen eine gewaltsame sein — so kann man nicht sagen, daß darin eine Dejection liege, weil kein Körper existirt, der restituirt werden könnte, ja nicht einmal mit dem Prädium irgend eine Veränderung vorging, die man wiederherstellen könnte. Aus dem Grunde müssen wir zweifeln, ob der hier ausgesprochene Grundsatz des Paulus auch für die lib. usucapio gelte, indem hier wenigstens irgend eine körperliche Veränderung mit den Gebäuden vorgenommen wird, welche, insofern sie eine gewaltsame war, jedenfalls wieder hergestellt werden könnte. Wir sind aber gleichwohl geneigt, auch hier die Relevanz der vi possessio zu bestreiten, wenn auch aus anderen Gründen. Denken wir uns z. B. einen Hauseigenthümer, der gegen die serv. altius non tollendi höher baut. Hier ist es möglich, daß der Berechtigte bloßen Einspruch erhebt, und der Pflichtige dennoch baut. Das würde unter den Begriff der vis insofern fallen, als dadurch das int. quod. vi aut clam begründet wäre[101]. Eine wirkliche thätliche Gewalt aber ließe sich nur so denken, daß Gewalt von Seite des Berechtigten vorangeht, wozu er aber selbst nicht befugt wäre[102]. Ebenso ließen sich diese zwei Fälle bei allen übrigen negativen Gebäudeservituten unterscheiden. Macht nun der Berechtigte von den ihm in diesen Fällen zustehenden Rechtsmitteln der op. nov. nunt., des interd. quod vi aut clam, unter Umständen wohl

---

101) l. 1 §. 7 D. h. t.

102) Anders natürlich, si quis in *nostrum* vult immittere, vel in *nostro* aedificare. l. 5. §. 10 D. de O. N. N.

auch des int. uti possidetis keinen Gebrauch, sondern läßt die gesetzliche Ersitzungszeit ohne ein possessorisches oder petitorisches Rechtsmittel zu benutzen, vorübergehen, so glaube ich, kann die Ersitzung der Freiheit durch die Einrede eines gewaltsamen Besitzes nicht mehr angefochten werden.

Bei den affirmativen Gebäudeservituten macht sich in so fern ein Unterschied geltend, als hier allerdings eine primäre Gewalt von Seite des Pflichtigen vorkommen kann, z. B. wenn er die Dachrinne am Hause des Nachbars gewaltsam abbricht, den Balken aus seinem Hause heraus wirft u. s. w. Es wäre also durch wirkliche Gewaltanwendung der bisherige Zustand der Gebäude verändert und die dadurch manifestirte libertas eine vi possessa im eigentlichen Sinne. Man könnte deßhalb wenigstens für solche Fälle geneigt sein, die Einrede des gewaltsamen Besitzes gegen die vindicatio aus der Freiheitsersitzung nicht auszuschließen. Wir müssen aber auch hier deren Zulässigkeit in Abrede stellen, indem einerseits die libertas eine causa favorabilis ist und anderseits dem Berechtigten ebenso wie in den obigen Fällen possessorische und petitorische Rechtsmittel zur Seite stehen, wodurch er den Besitz und das Recht der Servitut verfolgen kann [103].

Ebenso wenig dürfte die sog. clandestina possessio bei der Ersitzung der Freiheit Anwendung finden. Das Höherbauen, überhaupt das Beseitigen gewisser körperlicher Vorrichtungen kann unter Anwesenden als dauernd heimlicher Besitz gar nicht leicht gedacht werden. Denn wenn auch die Veränderung heimlich geschah, so kann doch der veränderte Zustand selbst kein Ge-

103) Der Einwand, daß dieß beim Precariobesitz ebenso der Fall sei, kann darum nicht gemacht werden, weil er schon hinreichend durch die verschiedene Verjährungsfrist bei dem int. de vi und de precario widerlegt wäre.

heimniß bleiben und dem Berechtigten stünden mithin noch lange genug die entsprechenden Klagsmittel offen. Eine fortdauernde clandestina possessio wäre offenbar nur unter Abwesenden zu denken, in welchen singulären Fällen indessen möglicherweise immer noch mit restitutio in integrum geholfen werden könnte.

Was die Ersitzungszeit anlangt, so betrug dieselbe bis Justinian ein biennium. Zwar scheint dieß dem Satze der 12 Tafeln entgegen zu sein, nach deren Wortlaut wenigstens nur beim fundus selbst eine zweijährige Ersitzungszeit gefordert wurde. Aber die Urbanservituten und ebenso die libertas sind doch res, quae praediis accedunt, praediis inhaerent, also Sachen, die in ausschließlicher Beziehung zu Immobilien stehen, und da die 12 Tafeln, wie wir oben bemerkten, zwischen res corporales und incorporales noch gar nicht unterschieden, so brauchen wir uns weiter nicht zu wundern, wenn die Servituten den res fundi beigezählt wurden. Daß die hereditas, selbst wenn sie in unbeweglichen Dingen bestand, in einem Jahre ersessen wurde, erklärt sich daraus, daß einerseits eine kurze Ersitzungszeit wirkliches Bedürfniß war [104]), anderseits aber auch die Erbschaft nicht wie die Servituten zu Immobilien in ausschließlicher Beziehung stand. Nach Justinianischem Rechte ist bekanntlich ein Zeitraum von 10 und beziehungsweise 20 Jahren erforderlich (Nr. 5). Die lib. usucapio ist eine erwerbende Verjährung und wird schon mit dem Beginne des letzten Tages vollendet [105]).

Die mit Rücksicht auf die Person des Berechtigten und einiger sonstigen Umstände wegen eintretenden Beschränkungen der lib. usucapio, wohin einerseits besonders der Fiscus, der Regent, Unmündige und Minderjährige, die in der Gewalt be-

104) Gajus II, 55.

105) Vergl. auch Vangerow, a. a. O. S. 899.

findlichen Kinder, anderseits die dem fundus dotalis zustehenden Servituten gehören, hat sie mit dem Untergang durch Nichtgebrauch gemein, und verweisen wir deßhalb auf die ausführliche Darstellung von Unterholzner, Verjährungslehre I. §. 34—47 und II. §. 229. —

Druck der Universitäts-Buchdruckerei von Junge & Sohn.



